Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Neunzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palmischen Verlagsbuchhandlung

1817.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Fortsetzung des Titels

In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

§. 1087. b.

Gläubiger, welche ein specielles gesetzliches Pfandrecht haben.

Eine gesetzliche Specialhypothek hat III. derjenige, welcher zur Wiederherstellung eines vernichteten oder verfallenen Gebäudes namentlich und ausdrücklich Geld dargeliehen hat, auf dem mit diesem Gelde wirklich wiederhergestellten Gebäude. Von diesem Pfandrechte redet Papinian *L.* 1. *D. h. t.* [1]) wo er sagt: Senatusconsulto,

 quod

1) Es sind hierüber folgende Schriften zu bemerken. *Ios.* Averanius Interpraetation. iuris Lib. II. Cap. 13. *Iohann de* Back Diss. philolog. iurid. inaug. ad L. 1. π. in quib. causs. pignus vel hypoth. tacite contrah. *Lugd. Batav.* 1724. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. Nr. XXI.) *Io. Iul.* Surland Comment. ad eand. Leg. *Francof. ad Viadr.* 1755. *Io. Ortw.* Westenbergii Divus Marcus. Diss. XLI. (Operum a *Io. Henr.* Iungio editor. Tom. III. pag. 356.) *Car. Frid.* Walch Diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium craeditae. *Ienae* 1771. *Ge. Lud.* Boehmeri Electa iuris civ. Tom. I. Exercit. XII. §. 9. sqq. u. J. H. Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Thl. S. 182 — 208.

quod sub *Marco* Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi, mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori, domino mandante, nummos ministravit. Aus dieser Stelle ergiebt sich, daß durch einen auf den Antrag des Kaisers Marcus Aurelius gemachten Senatsschluß dieses Pfandrecht ist eingeführt worden. Eben dieses Senatusconsultum enthielt aber, wie Cujaz[2]) dafürhält, noch ein anders Kapitel, welches einem Socius, der das verfallene gemeinschaftliche Haus auf seine Kosten wiederherstellt, weil der andere, aller Aufforderung ungeachtet, dazu keine Anstalt machte, oder sich um den Bau nicht weiter bekümmerte, nach vier Monaten das Eigenthum des Hauses zuspricht, wenn der andere Miteigenthümer nicht binnen dieser Zeit das auf den Bau verwandte Kapital zu seinem Antheile mit zwölf Procent erstattet hat. Ulpian hat uns den Inhalt von diesem Kapitel des Senatusconsultum aus Papinian aufbehalten, in einer aus libro XXXI. ad Edictum entlehnten Stelle, welche in den Pandecten folgendergestalt lautet.

L. 52. §. 10. *D. pro Socio. Idem* (Papinianus) respondit, Socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris[3]) intra quatuor menses, postquam opus

2) Observation Lib. XIX. Cap. 20.

3) Accursius bemerkt hier, daß statt certis usuris auch *centesimis usuris* gelesen werde. Diese Leseart billigen auch mit Verweisung auf *L.* 4. *Cod. de aedificiis privatis*, *Ger.* Noodt de foenore et usuris Lib. II. cap. 5. (Oper. T. I. pag.

opus refectum erit, recipere potest, exigendoque privilegio utetur, aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur, quod sua intererat. Finge enim, malle eum magis suum consequi[4]), quam dominium insulae: *Oratio* enim DIVI MARCI *idcirco quatuor mensibus finit certas usuras, quia post quatuor dominium dedit.*

Ausser jener Hypothek hatte jedoch eben dieser Kaiser, allem Ansehen nach schon früher[5]), durch ein Edict dem Gläubiger, welcher zum Wiederaufbau eines vernichteten Gebäudes Geld vorgeschossen hat, seiner Forderung wegen ein persönliches Privilegium gegeben; dessen Ulpian an mehreren Orten gedenkt.

L. 25.

pag. 214.) POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XVII. Tit. 2. Nr. LIII. not. c. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 52. §. 10. D. pro Socio, und *Io. de* BACK cit. Diss. Cap. IV. pag. 101. Allein ich wage es dennoch nicht, von der florentinischen Leseart abzugehen. Denn daß Papinian cum *certis* usuris gesagt habe, erhellet ja aus den letztern Worten, wo es wieder *certas* usuras heißt. Auch die Griechen haben nur *μετὰ τόκων* übersetzt, wie *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. libro II. cap. 39. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. III. pag. 1514.) und aus ihm BAUDOZA GESTIUS in seiner Ausgabe des Corp. iur. civ. bemerkt haben.

4) Die Leseart des Haloander: Finge enim hoc, malle eum suum *non* consequi, ist schlechterdings zu verwerfen, und *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. IV. cap. 17. nennt sie mit Recht absurd.

5) Eben dieses behaupten auch WESTENBERG in D. Marco Diss. XLI. §. 12. WALCH Diss. cit. Sect. I. §. 5. et 6. und Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 198.

L. 25. *D. de rebus credit.* Ulpianus *lib. sing. de officio Consulum.* Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.

L. 1. *D. de cessione bonorum.* Ulpianus *libro XVII. ad Edictum.* Creditori, qui *ob restitutionem aedificiorum* crediderit, privilegium exigendi datur.

L. 24. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* Ulpianus *Lib. LXIII. ad Edictum.* Divus Marcus ita edixit: creditor, qui *ob restitutionem aedificiorum* crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit: quod ad eum quoque pertinet, qui redemtori, domino mandante pecuniam subministravit.

Daß zwischen diesen Stellen des Ulpian und dem oben angeführten Fragment des Papinian kein Widerspruch sey, sondern beyde von ganz verschiedenen Gesetzen sprechen, leuchtet in die Augen. Peter Burmann [6]) irrt daher offenbar, wenn er glaubt, durch das Edict des Kaisers Marcus sey das Senatus-Consult nur bestätiget worden. Zwar ist der Fall in dem Röm. Recht nicht selten, daß dasjenige, was durch ein Senatusconsult ist eingeführt worden, auch einem kaiserlichen Edict zugeschrieben wird [7]); allein

6) Diss. de Vectigalibus Pop. Rom. *Leidae* 1734. 4. Cap. VI. pag. 87.

7) Beyspiele enthalten L. 3. *Cod. de his, qui sibi adscribunt in testamento. L.* 15. *D. ad Leg. Corneliam de falsis. L.* 2. *Cod. de aedific. privatis.* S. *Iac.* Gothofredus Comm.

allein daß dieses hier der Fall nicht seyn könne, erhellet ja aus dem Inhalt dieser Gesetze ganz klar, oder man müßte nicht wissen, daß das pignus insulae creditori datum, wovon das Senatus-Consult spricht, von dem privilegium exigendi, welches in dem Edict des Kaisers Marcus dem Gläubiger gegeben wird, verschieden sey. Die Meinung aber, daß Papinian auch nur von einem privilegium exigendi geredet habe, und daß das Fragment, was aus seinen libris Responsorum in die Pandecten gekommen ist, vom Tribonian, oder von einer frühern Hand verfälscht sey, ist eben so höchst unwahrscheinlich, als ohne Grund die Behauptung, es sey ein Irrthum, wenn Ulpian sagt: *Divus* Marcus *edixit*[8]) Papinian und Ulpian gedenken zwar freylich beyde des redemtoris, und jeder in Beziehung auf sein Gesetz, von welchem er redet, aber doch, wie schon Walch[9]) sehr richtig bemerkt hat, auf eine so verschiedene Art, daß schon hierin der stärkste Beweis liegt, daß sie von ganz verschiedenen Gesetzen reden. Denn wenn Papinian sagt: pignus insulae ad eum quoque *pertinebit*, qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit, so giebt er durch das tempus futurum nicht undeutlich zu verstehen, daß hier das Senatus-Consult

Comm. ad L. 4. Cod. Theod. de Senatorib. *de* Back Dissert. cit. Cap. III. pag. 85. *Io. Aug.* Bach Histor. iurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. III. §. 1. u. *And. Guil.* Crameri D. Vespasianus. *Ienae* 1785. pag. 150.

8) S. Meißner's Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 76. S. 193. u. 194.

9) Cit. Diss. Sect. I. §. 6.

sult blos auf den Redemptor ausgedehnt werde; dahingegen Ulpian, wenn er nach Anführung der Worte des Edicts hinzugefügt, quod ad eum quoque *pertinet*, qui redemtori, domino mandante, pecuniam subministravit, sich so ausdrückt, daß nicht zu zweifeln ist, es sey davon in dem Edict selbst die Rede gewesen, und daß es Papinian eben deswegen nur analogisch auf das Senatus-Consult übertragen habe. Es ist übrigens ein schwacher Grund, wenn man sagt [10]), es müsse das Senatus-Consult schon darum jünger, als das Edict, seyn, weil dem Gläubiger, der schon eine stillschweigende Hypothek hatte, mit einem privilegium exigendi nichts mehr gedient gewesen wäre. Denn daraus würde folgen, daß nun das letztere für den Gläubiger keinen weitern Nutzen habe, welches sich aber keineswegs behaupten läßt, indem ihm dieses Privilegium unter den chirographarischen Gläubigern in dem Falle noch sehr wohl zu statten kommen kann, wenn er aus dem Verkaufe des ihm gesetzlich verpfändeten Gebäudes seine völlige Befriedigung nicht erhalten hat [11]). Die nächste Veranlassung zu der Begünstigung des Gläubigers, welche derselbe dem Kaiser Marcus Aurelius verdankt, mag nun entweder, wie man sagt, eine große Ueberschwemmung der Tiber, die nach der Erzählung des Julius Capitolinus [12]) viele Gebäude in Rom zerstört hatte, oder auch die Wiederherstel-

10) *Christ. Lud.* Runde Commentat. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis. §. 51. Not. e. pag. 61.

11) S. Walch cit. Diss. Sect. II. §. 11. Meißner §. 76. S. 195.

12) *Vita M. Antonini.* Cap. 8.

stellung vieler auswärtiger Städte, unter denen vorzüglich Carthago, Ephesus und Nicomedien genennet werden, welche nach einer Nachricht des Aurelius Victor[13]) durch Feuer und Erdbeben fast ganz verwüstet worden waren, gewesen seyn; für die Interpretation ist dieses gleichgültig, und man kann es also dahin gestellt seyn lassen. Interessanter hingegen ist es, den Grund zu wissen, warum man den Gläubiger, der zur Wiederherstellung solcher vernichteten Gebäude Geld dargeliehen, einer solchen Begünstigung würdig gehalten hat. Die meisten Rechtsgelehrten[14]) setzen denselben in der ausserordentlichen Sorgfalt der Römer für die Erhaltung der Gebäude zur Zierde der Stadt. Denn so viel eine Stadt durch den Ruin derselben an ihrer Schönheit verliert, eben so sehr hätten sich's die Gesetzgeber angelegen seyn lassen, demjenigen, der sich in der Nothwendigkeit zu bauen befindet, durch vermehrte Sicherheit einen desto bereiteren Credit zu verschaffen. Es ist allerdings nicht zu verkennen, wie sehr es den Römern von jeher am Herzen gelegen, die Schönheit der Städte, insonderheit aber den Glanz der Stadt Rom zu erhalten, und wie sehr sie daher für die Wiederherstellung verfallener und verwüsteter Gebäude, aber auch für Abwendung alles Ruins derselben gesorgt haben. Eine ganze Reihe älterer Gesetze, welche alle dahin abzweck-

13) *De Caesaribus.* Cap. 16.

14) Westenberg D. Marcus Diss. XLI. §. 9. Surland cit. Diss. ad L. 1. D. h. t. §. 8. Walch Diss. cit. Sect. I. §. 2. sqq. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 197. und vorzüglich Averanius Interpretation. iuris L. II. cap. 13. n. 6—8.

zweckten, ne urbs ruinis deformetur, beweisen dieses augenscheinlich. Dieß ist der Grund, warum schon die Gesetze der zwölf Tafeln gegen denjenigen, welcher mit fremden Materialien ein Gebäude errichtet hat, so lange dasselbe stand, keine Vindication, sondern blos eine Klage auf doppelten Ersatz (actio de tigno iuncto) gestatteten [15]. Ja, um bey einer entstandenen Feuersgefahr den Häusern von allen Seiten beykommen zu können, sollte nach eben diesen Gesetzen zwischen jedem Gebäude ein leerer Raum (ambitus) von wenigstens zwey Fuß und einem halben (sestertius pes) gelassen werden [16]. Daher nannte man die durch einen solchen Raum von einander abgesonderten Gebäude ursprünglich Insulae, von welchen weiter unten gehandelt werden wird [17]. Um allen Ruin und Verunzierung der Gebäude zu verhüten, gab auch der Prätor das Interdict *Ne quid in loco publico fiat*. Denn Labeo erklärte den Ausdruck locus publicus so, daß auch Insulae darunter begriffen wären [18], und

15) §. 29. *I. de Rerum divis. L.* 1. *pr. D. de tigno iuncto.* S. *Bern. Joh. van* Harscamp Disput. de tigno iuncto. *Traj. ad Rhen.* 1730. Cap. 2. et 3. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. iurid. selectiss. in acad. Belgic. habitar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VIII. p. 431. sqq.)

16) Ambitus parietum sestertius pes esto. Varro *de Lingua Lat. Lib. IV. nr.* 4. Festus voc. *Ambitus.* Hierauf bezieht sich auch das *legitimum spatium* a vicina insula, dessen in der *L.* 14. *D. de Servit. praed. urbanor* gedacht wird. S. Brissonius Select. Antiquit. Lib. I. Cap. 2.

17) *Iac.* Cujacius Observat. Lib. XIX. cap. 21.

18) *L.* 2. *pr. et* §. 3. *D. Ne quid in loco publico.*

und Ulpian sagt [19]), wenn Jemand auf einen öffentlichen Ort gebaut hätte, ohne daß es ihm Jemand verbot, so könne man ihn nicht zwingen, das Gebäude wieder einzureisen, *ne ruinis Urbs deformetur.* Deswegen verbot auch das Claudianische Senatusconsult vom Jahr 801 alte Häuser zu kaufen, um sie niederzureisen, und die Materialien mit Vortheil zu verkaufen [20]). Der Käufer mußte zur Strafe die Kaufsumme doppelt an den Fiscus bezahlen [21]). Kr. Vespasian bestättigte nicht nur dieses Senatusconsult durch ein Edict, worin er auch Verzierungen (marmora) von Häusern wieder wegzunehmen verbot [22]); sondern erlaubte sogar, leere Brandstellen wegzunehmen, um die Gebäude wieder herzustellen, wenn die Besitzer derselben den Aufbau unterließen [23]). Weil jedoch alle diese Verordnungen nur auf die Erhaltung der Schönheit der Stadt Rom gingen, welche sich denn

19) *L.* 2. §. 17. *D. eodem.*

20) *Si quis negotiandi causa emisset quod aedificium, ut diruendo plus acquireret, quam quanti emisset, tum daplum pecuniam, qua mercatus eam rem esset, in aerarium inferret, et tales venditiones irritae essent.* Reinesius Inscription. Class. VII. Nr. 11. Bach Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. III. §. 18.

21) *L.* 52. *D. de contrah. emt.* Hierauf bezieht sich auch *L.* 45. *D. de donat. inter vir. et uxorem.* S. Westphal's Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf 2c. §. 105.

22) Kr. Alexander gedenkt dieses Edicts *L.* 2. *Cod. de aedificiis privatis.*

23) Suetonius *in vita Vespasiani Cap.* 8. und Aurel. Victor Histor. Rom. in Epitome de Caesarib. Cap. 9. nr. 8.

denn freylich an Pracht so sehr auszeichnete, daß Martial[24]) sie *terrarum domina, cui par est nihil, et nihil secundum*, nannte; so erstreckte Kr. Hadrian dieselben auch auf die übrigen Städte des Röm. Reichs, und verbot unter andern Häuser, sey es in welcher Stadt es wolle, niederzureisen, und die Materien an einen andern Ort hinzuschaffen[25]). Aus einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian[26]) läßt sich schließen, daß er auch durch ein Edict eben so, wie vorhin Vespasian, jeden erlaubt habe, leere Brandstätte zu bebauen, wenn die Eigenthümer derselben nachlässig waren. Denn die genannten Kaiser hoben dieses Edict des Hadrian wieder auf, und stellten den Grundsatz wieder her, quod aedificia, quae alieno loco imponuntur, solo cedant. Unter Hadrian ward überdem noch im Jahr 875. ein Senatusconsult gemacht, nach Cujaz[27]) von dem Consul Marcus Acilius Aviola *Senatusconsultum Acilianum* genannt[28]), vermöge welchen Sachen, die mit einem Gebäude verbunden, und daran befestiget waren,

Nie=

24) *Lib. XII. Epigr.* 8.

25) Spartianus *in vita Hadriani*. Cap. 17. Constituit inter caetera, ut in nulla civitate domus aliquae transferendae ad aliam urbem ullius materiae causa diruerentur. Der Kaiser Alexander bestätigte diese Verordnung *L.* 2. *Cod. de aedificiis privatis*, wo es heißt: Sed nec dominis ita transferre licet, ut integris aedificiis depositis publicus deformetur aspectus.

26) *L.* 5. *Cod. de aedificiis privatis.*

27) Observation. Lib. V. cap. 26.

28) S. *Greg.* Majansii Disp. de Senatusconsulto Aciliano (in *Eius* Disputat. iuris civ. T. I. Disp. XXIV. p. 368. sqq.)

Niemanden zum Hinwegnehmen gültig vermacht werden konnten, wenn dadurch das Gebäude beschimpft wurde [29]). Es sollte auch dieses Senatus Consult, wie Ulpian [30]) sagt, nicht blos für Rom, sondern auch für andere Städte gelten; auch nicht blos auf Wohnhäuser, sondern auch auf Badehäuser, bedeckte Spatziergänge, Magazine, kurz alle und jede Gebäude, welche zur Zirde der Stadt gehörten, und deren Beschädigung dieselbe verunstaltete, sich erstrecken [31]). Diesen Bemühungen ihrer Vorgänger standen nun auch die unter dem Namen der **Divorum Fratrum** bekannten Kaiser Marcus Aurelius und Lucius Verus nicht nach. Sie erweiterten nicht nur das Claudianische, oder wie auch andere wollen [32]), das Volusianische Senatus-Consult, indem sie auf den Libell zweyer Staatsschuldner des Proclianus und Epitynchanus rescribirten, daß der Verkauf eines Hauses zum Niederreisen, oder auch nur die Abreisung festgemachter Zubehörungen eines Hauses selbst einem Schuldner in dem Falle nicht gestattet werden könne, wenn er auch durch einen vortheilhaften Verkauf derselben in den Stand gesetzt

29) *L.* 41. §. 1. *D. de legatis I. Sed ea, quae aedibus iuncta sunt, legari* non possunt, quia haec legari non posse Senatus censuit, Aviola et Pansa Consulibus.

30) *L.* 41. §. 6. *D. eodem.* Hoc Senatusconsultum non tantum ad Urbem, sed et ad alias civitates pertinet.

31) *L.* 41. §. 8. *D. eodem.* Hoc Senatusconsultum non tantum ad aedes, sed et ad balinea, vel aliud quod aedificium, vel porticus, sine aedibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.

32) S. Bach Hist. iurispr. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. III. §. 27.

setzt würde, seine Schuld an den Staat zu bezahlen[33]; sondern sie sorgten auch zugleich, welches von keinem ihrer Vorgänger geschehen war, für die Sicherheit der Gläubiger, welche zur Wiederherstellung verfallener Gebäude das Geld vorschossen[34]. Ja sie begünstigten selbst die zu ihren Zeiten noch verbotenen Schenkungen unter den Ehegatten, so weit sie zur Wiederherstellung eines dem Beschenkten gehörigen, und durch Brand verwüsteten Gebäudes waren verwendet worden, wie Paulus[35] bemerkt hat. Nur bey dem zaudernden Miteigenthümer schränkten sie die Verordnung des Kaisers Vespasian ein, indem sie eine Frist von vier Monaten bestimmten, nach deren Ablauf derselbe erst sein Recht an dem gemeinschaftlichen Hause verlieren solle, wenn er binnen derselben nicht seinen Antheil an den Baukosten mit zwölf Procent vergütet hätte[36]. Die *L.* 1. *D. h. t.* und *L.* 24.

§. 1.

33) *L.* 41. §. 7. *D. eodem.* S. Ernst Christ. Westphal Darstell. der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 255.

34) *L.* 1. *D. h. t.* *L.* 24. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.*

35) *L.* 14. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Quod si vir uxori, cuius aedes incendio consumtae sunt, *ad refectionem earum* pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, *in quantum aedificii exstructio postulat.* Daß dieses Recht schon vor der Oration des Krs. Antoninus Caracalla gegolten habe, lehrt die Ordnung der Fragmente des Titels de donat. inter V. et U. Denn erst vom *L.* 32. an wird die Oration erklärt.

36) *L.* 52. §. 10. *D. Pro Socio.* Kaiser Philippus hat auf den Grund dieser Verordnung in der *L.* 4. *Cod. de aedif.*

pri-

§. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* gedenken zwar nur des Divus Marcus. Allein daß auch sein Mitregent Lucius Verus an dieser Gesetzgebung Antheil genommen habe, läßt sich nach dem, was Julius Capitolinus [37]) erzählt, nicht bezweifeln, zumal wenn man, wie Georg D'Arnaud [38]) aus mehreren Beyspielen erwiesen hat, hierbey erwägt, daß es bey den Rechtsgelehrten gar nichts Ungewöhnliches sey, das von zwey Kaisern, als Mitregen-

privatis auf folgende Art rescribirt: Si (ut proponis) socius aedificii *ad refectionem eius* sumtus conferre detrectat, non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras. Etenim si solus aedificaveris, *nec intra quatuor mensium tempora cum centesimis nummus pro portione secii erogatus restitutus fuerit*, vel quominus id fieret, per socium stetisse constiterit, *ius dominii* pro solido vindicare, vel obtinere *iuxta placitum antiquitatis* poteris. In der Stelle der Pandecten wird der usurarum centesimarum nicht gedacht. Die *L.* 52. *cit.* sagt nur *cum certis usuris*. Daß aber deswegen nicht mit vielen statt certis, *centesimis* zu lesen sey, ist oben schon bemerkt worden. *Ern. Christ.* Westphal de libertate et servitutib. praedior. §. 16. not. 15. pag. 25. glaubt sogar, die Verfasser der Pandecten hätten für centesimis absichtlich *certis usuris* substituirt, weil Justinian durch *L.* 26. §. 1. *Cod. de Usuris* die *L.* 4. *Cod. de aedificiis privatis* abgeändert habe, und es sey blos durch Tribonians Unvorsichtigkeit geschehen, daß das *cum centesimis* in der *L.* 4. nicht geändert worden sey. Eben dieses meint auch Voet in Comment. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. 2. Allein das Gegentheil lehrt *Io.* Strauch Disp. de centesimis usuris. *Ienae* 1672. pag 51. S. auch Thibaut Syst. des P. Rechts 1. B. §. 281. Not. m.

37) *Vita M. Antonini.* Cap. 8.

38) Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 17. pag. 326.

genten, eingeführte Recht blos mit dem Namen des einen zu benennen. Alle diese Verordnungen hatten ohne Zweifel einen öffentlichen Zweck, nämlich zu verhüten, ne publicus deformetur aspectus [39]). Deswegen war es auch dem Curator reipublicae zur Pflicht gemacht, die Eigenthümer anzuhalten, daß sie die vernichteten Gebäude wieder herstellten; ja sie konnten im Zögerungsfalle auf öffentliche Kosten wieder aufgebauet, und, wenn dann die Eigenthümer die aufgewandten Unkosten nicht binnen der bestimmten Zeit (vermuthlich binnen vier Monaten), mit Zinsen wieder erstatteten, öffentlich verkauft werden [40]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist nicht unwahrscheinlich, daß die Gesetzgeber auch bey der Einführung des Pfandrechts, welches sie dem Gelddarlehn zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes beygelegt haben, eben so, wie bey den beyden ersteren Specialhypotheken, wovon in diesem Titel die Rede ist, von einer tacita conventio aus-

39) *L.* 2. *C. de aedif. priv.* Ein mehreres hievon findet man in *Io. Gottfr.* Senf Comm. ad SCta Cn. Hosidio Geta, L. Vagellio Coss. Q. Volusio Saturnino, P. Cornelio Scipione Coss. de aedificiis negotiationis causa non diruendis *Lipsiae* 1756. *Ios.* Toscani iuris publici Rom. arcana (*Neapoli* 1770.) Tom. II. P. I. Cap. 15. Walch cit. Diss. Sect. I. §. 2—5. und Westphal de libertate et servitut. praedior. §. 20. besonders Not. 18. pag. 27. sqq.

40) *L.* 46. *pr. et* §. 1. *D. de damno infecto.* Ad Curataris reipublicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis exstruantur. Domum sumtu publico exstructam, *si dominus ad tempus pecuniam impensam cum usuris restituere noluerit*, iure eam Respublica distrahit. S. Westphal c. l. §. 17. et 18.

ausgegangen sind [41]). Die *L.* 1. *D. h. t.* sagt dieß zwar nicht so deutlich, wie es uns Ulpian und Paulus bey dem Pfandrecht des Locators gelehrt hatten. Allein es ist genug, daß das Pfandrecht, wovon wir hier reden, unter die Causas classificirt wird, *in quibus pignus vel hypotheca* TACITE CONTRAHITUR. Denn alle die hier aufgestellten Fälle haben das mit einander gemein, daß sie sich aus der Natur des Geschäfts welches durch die hypothekarische Sicherheit bestärkt wird, entwickeln lassen. Nach der Natur des Darlehns kann es zwar dem Gläubiger gleichviel gelten, zu welchem Zweck sein Geld verwendet wird, wenn er nur seine Zinsen, und zu seiner Zeit seine Bezahlung erhält. Allein wer sein Geld gerade zur Wiederherstellung eines Gebäudes hinleihet, begnügt sich nicht mit dem gemeinen Credit auf die persönliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Nein, er ist hier mehr für seine Sicherheit besorgt. Was läßt sich also wohl hier auf Seiten des Gläubigers für ein anderer Zweck gedenken, als der in der Vorstellung liegt, daß ihm das Geld unverlohren sey, weil das Gebäude durch dasselbe aus seinem Ruin wieder in den Stand einer Sache von Werth gesetzt worden ist? Denn was sollte ihn sonst bewogen haben, sein Geld gerade zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes hinzuleihen, wenn er nicht geglaubt hätte, sich im äussersten Falle wegen des gegebenen Credits an die mit seinem Gelde wieder hergestellte Sache halten zu können? Der Schuldner aber, der vielleicht zu einem andern Zweck nicht so leicht Credit erhalten haben würde, willigte in die=

41) Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 183. ff.

diesen dem Contract beygefügten modus, und war ob fidem datam auch zur Erfüllung desselben verbunden. Er handelte also durch zweckmäßige Verwendung des Geldes für den Gläubiger, und das Haus stand neugeschaffen da, durch ein Factum, welches der Gläubiger rechtlich als eignes, und als vom gegebenen Credit unzertrennlich, geltend machen darf. Das Gesetz vollendete nun diese Convention in die Seele der Interessenten, indem es einem also modificirten Gelddarlehn unbedingt die Kraft einer stillschweigend auf das mit dem geliehenen Gelde wiederhergestellte Haus contrahirten Hypothek beylegt. In der Vorstellung des Gesetzgebers lag aber auch zugleich die Idee, es sey hart, daß der um das Seinige komme, durch dessen Geld die Sache wieder in den Stand einer Sache von Werth gesetzt worden ist, indeß andere Gläubiger mittelst der Rechtshülfe sich daraus bezahlt machen. Man legte daher auch diesem Pfandrecht billig einen Vorzug bey. Denn gewiß schon vor Ulpian[42]) galt der von ihm, als ganz bekannte Wahrheit, aufgestellte Satz: *posterior creditor potior est priori, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit.* Von einem solchen Gläubiger konnte man also mit Recht sagen: Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam, welchen Entscheidungsgrund Ulpian[43]) selbst angeführt hat.

Soviel nun

I) den Gegenstand dieses Pfandrechts anbetrifft, so bezeichnet ihn Papinian in den Worten pignus INSULAE cre-

42) *L.* 5. *pr. D. Qui potior. in pignore.*

43) *L.* 6. *pr. D. eodem.*

creditori datum. Ulpian aber nennt ihn in allen oben angeführten Fragmenten Aedificium. Von beyden weichen die Griechen [44]) ab, welche ihn durch τον οἶκον, Domum bezeichnen, ob mit Recht, oder Unrecht, wird sich nachher zeigen. *Insula* hieß eigentlich nach Festus [45]) ein solches Gebäude, welches mit den Gebäuden des Nachbars auf keiner Seite zusammenhing, sondern einen ambitus von zwey und einen halben Fuß breit im Umkreise hatte [46]). Est igitur *Insula* aedificium, sagt ganz richtig Cujaz [47]) quod proprio ambitu constat. Hieraus erklärt sich eine Stelle aus der Sammlung der Constitutionen der *Divorum Fratrum*, welche Papirius Justus in 20 Büchern zusammen gefaßt hat. Es ist *L.* 14. *D. de Servitutib. praedior. urbanor.* Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripse-

 runt,

44) *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 1. Ὁ δανείζων εἰς ἀνανέωσιν οἶκον, ἢ κατὰ ἐντολὴν τοῦ δεσπότου χορηγῶν τῷ ἐργολάβῳ, ἔχει τὸν οἶκον ὑποκείμενον. i. e. *Qui pecuniam mutuam dedit ad restitutionem domus, vel domino mandante redemtori ministravit, domum obligatam habet.*

45) Pompeius Festus in voce *Insula.* Insulae dicuntur, *quae non iunguntur communibus parietibus cum vicinis, circuituque publico, aut privato cinguntur.*

46) Festus voc. *Ambitus.* Ambitus proprie dicitur *circuitus aedificiorum patens in latitudinem pedes duos et semissem, in longitudinem idem, quod aedificium.* S. *Iac.* Cujacius Observation. Lib. XXXIII. cap. 4. und *Barn.* Brissonius Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 2.

47) Observation. Lib. I. cap. 4.

runt, in area, quae nulli [48]) servitutem debet, posse dominum vel alium voluntate eius aedificare, *intermisso legitimo spatio a vicina insula.* Von *Insula* Unterschied man *domus* [49]). Cujaz [50]) setzt den Unterschied darin, daß die sich auszeichnenden prächtigeren Wohngebäude *domus*, die gemeinen Gebäude aber *Insulae* wären genennt worden. Ihm stimmt auch Famianus Nardinus [51]) bey. Allein schon Grävius [52]) hat die Unrichtigkeit dieser Vorstellung gezeigt. Zwar ist nicht zu läugnen, daß man die zu einem grössern Gebäude gehörigen kleinern Häuser, die man an Leute von geringem Stande zu vermiethen pflegte, auch *insulae* genannt habe [53]), wie aus *L.* 91. §. *ult. D. de legat. III.* erhellet, wo

48) Statt *nulli* will Cujaz *luminum* lesen. Ihm folgt auch Pothier Pand. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 2. Nr. IX. Not. h. Allein schon Robertus Receptar. Lection. Lib. II. cap. 20. hat deshalb den Cujaz widerlegt, und auch Westphal Interpretat. iuris civ. de libertate et servitutib. praedior. §. 2. not. 1. pag. 13. hat diese Emendation verworfen.

49) *L.* 91. §. *ult. XXXII. D. de legatis. L.* 15. §. 14. *D. de damno infecto.* Suetonius *in Nerone.* Cap. 38. Seneca *de Beneficiis* Lib. VI. Cap. 15. nr. 5.

50) Observat. Lib. XIX. cap. 21.

51) De Roma veteri Lib. III. cap. 4.

52) Praefat. Tom. IV. Thesauri Antiquitat. Rom.

53) Die in solchen Häusern wohnenden Miethleute hießen daher *Insulares* oder *Insularii*, obwohl auch die Sklaven, die darüber die Aufsicht hatten, und den Miethzins beytrieben, so genennt wurden. *L.* 16. §. 1. *D. de Usu et habitat. L.* 4. *D. de officio praef. vigilum.* S. Graevius cit. loc. und

wo Papinian sagt: Appellatione *domus* INSULAM quoque *injunctam domui* videri [54]), si uno pretio cum domu fuisset comparata. Allein daß auch *insulae* zum Theil große und kostbare Gebäude waren, ist aus Stellen des Cicero [55]). und Gellius [56]) längst erwiesen. Das Unterscheidende bestand also vielmehr darin, daß *domus* die durch eine gemeinschaftliche Wand verbundenen Gebäude genennt wurden [57]). Doch hat man auch oft beyde Benennungen einander substituirt; und das Wort *insula* von solchen Gebäuden gebraucht, die mit den benachbarten Gebäuden eine gemeinschaftliche Wand hatten [58]). Es ist merkwürdig, daß Papinian selbst nachher das Wort *aedificium* gebraucht, welches Ulpian in allen oben angeführten Fragmenten, statt *insula*, gesetzt hat. Da nun dieses Wort jede Art von Gebäuden bezeichnet, es habe einen eigenen ambitus, oder sey mit den benach-

und ad *Ciceronis* Orat. pro M. Coelio. cap. 7. BURMANN ad *Petronium* Sat. 95. PIGNORIUS de Servis. pag. 244. *Iac.* OISELIUS ad *Gellium* Lib. XV. cap. 1. not. 3. und BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Insularius.*

54) Hier muß bey videri noch das Wort legatam ergänzt werden. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 833.

55) *Orat. pro M. Coelio.* Cap. 7.

56) *Noct. Atticar.* Lib. XV. cap. 1. et GRONOVIUS ad Eundem.

57) S. *de* BACK Diss. cit. ad L. 1. D. h. t. Cap. IV. pag. 94. sqq.

58) *L.* 13. *D. de Servit. praedior. urbanor.* *L.* 11. §. 5. *D. de pignerat. act.* S. WESTPHAL de libertate et servitutib. praedior. §. 282. not. 238. b.

nachbarten Gebäuden verbunden, es sey zur Wohnung, oder zu einem andern Zweck bestimmt, wie z. B. ein Badehaus, ein Kaufmanns-Magazin, und dergleichen; es sey in der Stadt, oder auf dem Lande gelegen; so ist keinem Zweifel unterworfen, daß auch das Wort insula in dieser weitern Bedeutung vom Papinian genommen worden sey. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrte [59]) das gesetzliche Pfandrecht des Gläubigers, von welchem wir hier reden, nur auf Wohnhäuser, und zwar nur auf städtische Wohngebäude beschränken wollen, wozu schlechterdings kein Grund vorhanden ist. Man sagt zwar, die Absicht des Kaisers Marcus Aurelius sey keine andere gewesen, als die, zu verhüten, daß in Rom keine wüsten Plätze und ruinösen Gebäude angetroffen werden sollten. Allein schon das für gleichen Zweck gemachte Acilianische Senatus-Consultum, welches verbot, Sachen, die an Gebäuden befestiget waren, abzureisen, und solche einem andern zu überlassen oder zu vermachen, gieng ja, wie Ulpian [60]) lehrt, nicht blos auf Häuser, sondern auch auf andere Gebäude, die keine Wohnhäuser waren. Wenn man aber jener Erklärung noch insonderheit dadurch ein grösseres Gewicht zu geben sucht, daß Kr. Marcus zu den mehrgedachten Verfügungen durch den Schaden bestimmt worden sey, den eine Ueberschwemmung der Tiber in Rom angerichtet hatte; so kann man ihr eine andere Stelle aus Aurelius

59) *Hartm.* Pistoris Quaestion. iuris Lib. III. Quaest. 15. Dabelow Entwickl. der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 199. und Schweppe Römisches Privatrecht. 1. B. §. 304.

60) *L.* 41. §. 1. *et* 8. *XXX. D. de legatis.*

lius Victor[61]) entgegensetzen, woraus man sieht, wie sehr dieser Kaiser auch für die Wiederherstellung anderer Städte ausser Rom, nämlich in Afrika, Asien, und Bithynien, welche durch Brand und Erdbeben verwüstet waren, besorgt gewesen sey. Daher gieng ja auch das Acilianische Senatus-Consult nicht blos auf Rom, sondern auch auf andere Städte[62]). Ueberdem ist auch ganz unerweislich, daß *Insulae* blos wohnbare Gebäude gewesen sind. Hätte das Wort *insula* nicht eine viel ausgedehntere Bedeutung, so würde es nicht Papinian nachher mit dem Wort *aedificium* vertauscht, und Ulpian nicht in den drey oben angeführten Fragmenten blos das Wort *aedificium* gebraucht haben. Und sagt es uns auch nicht schon Ulpian[63]) so bestimmt, daß alle aedificia, non solum ea, quae sunt *in oppidis*, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria *in villis*, et *in vicis*, vel si praetoria voluptati tantum deservientia, — *urbana praedia* genennet werden; so würde vollends das Acilianische Senatus-Consult keinen Zweifel übrig lassen, daß zwischen *aedes urbanae et rusticae* in Absicht auf die Sorge für deren Erhaltung kein Unterschied gewesen sey, wenn man hier in Betrachtung zieht, was Papinian *libro XI. Responsorum* meldet: Imperatorem ANTONINUM CARACALLAM et DIVUM SEVERUM constituisse, eos, qui Reipublicae ad opus promiserint,

61) *De Caesaribus. Cap.* 16. *nr.* 12.

62) *L.* 41. §. 6. *D. de legat. I.*

63) *L.* 198. *D. de Verbor. Signif.* Nach Florentinus *L.* 211. *D. eodem.* pflegte man jedoch die aedificia urbana *aedes*, die rustica aber *villae* zu nennen.

rint, posse detrahere *ex aedibus suis urbanis, atque rusticis*, et id ad opus uti, quia hi quoque non promercii causa id haberent [64]). Aus diesen Gründen trete ich daher der Meinung derjenigen [65]) mit vollkommener Ueberzeugung bey, welche behaupten, daß Papinian durch den gebrauchten Ausdruck *insula* auch nicht einmal aedificia rustica habe ausschließen wollen, und füge nur noch zu allem Ueberfluß eine Stelle aus Cajus [66]) hinzu, wo er sagt: Appellatione AEDIUM *omnes species aedificii* continentur.

II. Die Forderung, wegen welcher dem Gläubiger diese Hypothek zusteht, muß aus einem Darlehn herrühren, und zwar muß der Gläubiger zum Bau baares Geld vorgeschossen haben [67]). Denn die oben angeführten Gesetze,

64) *L.* 41. §. 5. *D. de legat. I.* Der hier von dem Acilianischen Senatsschluß gemachten Ausnahme gedenkt auch Marcian *L. ult. D. de damno infecto.* S. *Greg.* Majansii Diss. de Senatusconsulto Aciliano §. 37. Tom. I. Disputation. iur. pag. 381.

65) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 73. Huber Praelect. ad Pand. h. t. nr. 8. Walch Diss. cit. Sect. II. §. 2. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 104. S. 378. und Meißner §. 77. b.

66) *L.* 9. *D. de incendio ruina naufragio.*

67) *Ge. Lud.* Boehmer Elector. iuris civ. Tom. I. Exercit. XII. §. 11—13. pag. 353. sqq. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 202. Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 77. a. Westphal Pfandrecht §. 99. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 642. Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 17. S. 103. ff. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 304.

setze[68]), welche von diesem Gegenstand handeln, reden ausdrücklich nur von einer *pecunia* ob restitutionem aedificii exstruendi *mutua data*, von *nummis ministratis*, von *pecunia credita*, und *pecunia subministrata*. Zwar meinen viele[69]), daß ein gleicher Grund vorhanden sey, wenn Jemand auch nur die zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes nöthigen Materialien an Holz, Steinen u. d. auf Credit geliefert habe. Ja sie dehnen dieses Pfandrecht auf dem wiederhergestellten Hause sogar auf den Lohn der Handwerksleute aus. Es scheint auch, wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß jene Gesetze einen öffentlichen Zweck hatten, diese Ausdehnung sehr consequent zu seyn. Denn wer Materialien schafft, oder selbst Hand an das Werk legt, wirkt ja noch weit unmittelbarer zu jenem öffentlichen Zwecke, als der blos das Geld dazu vorschießt. Ist es daher nicht noch weit interessanter, den nothbedrängten Bauenden diesen Credit zu erleichtern? Ja die in den Gesetzen[70]) selbst

68) *L.* 1. *D. h. t. L.* 24. §. 1. *D. de reb. auct. iudic. possid. L.* 25. *D. de rebus creditis.*

69) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. Pufendorf Observat. iuris univ. T. II. Obs. 170. Westenberg Divus Marcus Diss. XLI. §. 4. pag. 357. Klipsch Diss. de jure tigni in concursu creditorum. *Erf.* 1717. Walch Diss. cit. Sect. II. §. 6. Gmelin Ordnung der Glaubiger Kap. 5. §. 104. S. 376. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1178. et not. m. Surland Diss. ad L. 1. D. h. t. §. 3. und *de* Back Diss. ad eand. L. Cap. IV. pag. 98.

70) *L.* 178. *pr. D. de Verbor. Signif.* Pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem

selbst anerkannte Bedeutung des Worts *pecunia* scheint diese Ausdehnung zu begünstigen. Und dennoch scheint sie dem Geiste des Gesetzes nicht gemäß zu seyn. Es ist schon längst von andern bemerkt worden, daß die in dem Titel der Pandecten *de Verborum Significatione* erklärten Wortbedeutungen nicht überall Anwendung finden, sondern sich immer nur auf gewisse Rechtsmaterien beziehen, welche die Inscription anzeigt [71]). Sie haben diese Bemerkung gerade durch die in den angeführten Gesetzen angegebene Bedeutung des Worts *pecunia* unterstützt, welche dort eine ganz andere Beziehung hat [72]), und hier schon darum nicht zum Grunde gelegt werden kann, weil die in den oben angeführten Fragmenten des Papinian und Ulpian, welche von unserm Pfandrecht handeln, gebrauchten Ausdrücke offenbar nur ein Gelddarlehn bezeichnen [73]). Wie wenig aber überhaupt jene Ausdehnung dem Geiste der angeführten Gesetze entspricht, ergiebt sich weiter daraus, weil nicht einmal der redemptor, welcher doch gewiß zur

omnem omnino pecuniam, hoc est, *omnia corpora*: nam *corpora* quoque PECUNIAE appellatione contineri, nemo est, qui ambiget. Eben so sagt *L.* 222. *D. eodem.*

71) S. *Christ. Henr.* Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. §. 203.

72) S. *Iac.* Labittus Usu indicis Pandectar. Cap. 2. §. 18. (in *Abrah.* Wielingii *Iurispr. Restitut.* P. II. pag. 26.) Eckhard c. l. §. 204. und *Ios.* Finestres Hermogenianus ad L. 222. D. de Verbor. Significat. pag. 656. sqq.

73) Man vergleiche damit *L.* 7. §. 3. *D. de SCto Macedon.* und *Iul. a* Beyma Commentar. in Tit. D. de Verbor. Signif. (*Leovardiae* 1649.) ad L. 4. 178. et 222. h. T. pag. 12. sqq.

zur Wiederherstelluug des Gebäudes am meisten und am nächsten wirkt, an der gesetzlichen Sicherheit Antheil hat, selbst wenn er das Geld dazu aufnimmt. Denn auch die Vorschüsse, welche ihm deshalb geschehen, sollen nur dann, und zwar blos in Rücksicht des Gläubigers, den erwähnten Effect haben, wenn sie auf Verlangen und vermöge Auftrags des Eigenthümers gethan sind. Daß aber der Baumeister selbst einen Vortheil zu seiner eigenen Sicherheit daraus ziehen könne, davon ist kein Gedanke, obgleich die beyden angeführten Gesetzstellen, welche gerade von diesem Falle reden, eine sehr nahe Veranlassung dazu hatten. Ja es ist nicht einmal bemerkt, daß der Darleiher, auch ohne den Auftrag des Bauherrn, etwa durch eine Cession des Redemtor, sich helfen könne. Man sieht hieraus, daß die Gesetze ein Gelddarlehn zur nothwendigen Bedingung der dem Gläubiger ertheilten Sicherheitsrechte gemacht haben. Ob aber diese Auszeichnung eines Gelddarlehns nicht einen andern nähern Grund habe, als den, welchen man insgemein in der Natur eines Privilegiums zu finden geglaubt hat [74]), ist eine andere Frage, welche ohnlängst zum Gegenstand einer eigenen Untersuchung gemacht worden ist [75]). Ein solcher Grund läßt sich allerdings

74) So sagt z. B. *Ge. Lud.* Boehmer in Elect. iuris civ. Tom. I. pag. 356. Tacitum pignus censu habendum est *iurium singularium*, contra ius commune constitutorum, cuius generis iura ex pari eademque ratione ad alias res, quam quibus data sunt, producere, leges vetant. *L.* 14. *et sqq. D. de Legib. L.* 1. §. 2. *D. de Constitut. princip. L.* 141. *D. de div. Reg. iuris. Cap.* 28. *de Reg. iur. in 6to.*

75) S. Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. S. 184. ff.

dings schon aus der Natur des Geschäfts selbst entwickeln. Daß die Verwendung des Geldes zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes zum Grunde der hier in Frage stehenden stillschweigenden Hypothek erfordert werde, kann eben so wenig geläugnet werden, als unbestritten es ist, daß der bloße Umstand der vom Schuldner zu diesem Zweck geschehenen Verwendung eines erborgten Kapitals dem Gläubiger auf dem wiederhergestellten Gebäude noch keine Hypothek gebe, wenn nicht diese Verwendung bey Schließung des Darlehns als modus, den der Schuldner erfüllen mußte, war abgeredet worden, und also zugleich als eigene Handlung des Gläubigers betrachtet werden konnte. Das Gesetz unterstützt die Intention des Gläubigers, der auf solche Art für seine Sicherheit besorgt war, indem es dem also modificirten Gelddarlehn die Kraft einer stillschweigend contrahirten Hypothek auf das mit dem geliehenen Gelde wiederhergestellte Gebäude beylegt. Wie sehr verschieden von diesem gesetzlichen Falle erscheinen nicht dagegen diejenigen Fälle, worauf die gemeine Meinung das Gesetz ausdehnt! Wer Materialien auf Credit verkauft, verzichtet ja bekannten Rechten nach auf das Eigenthum, welches ihm sonst die Gesetze bis zur Bezahlung des Kaufgeldes zu seiner Sicherheit vorbehalten, wenn er sich nicht solches selbst, oder eine Hypothek daran vorbehalten hat [76]). Würden nun die Gesetze nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen, wenn sie dem Verkäufer, dessen Creditgebung sie als Verzichtleistung auf die ihm sonst zustehende Sicherheit annehmen, dennoch eine Hypothek gegeben hätten? Dann aber ist ja

76) *L. 12. Cod. de rei vindicat.* S. STRYK Diss. de fide habita. Cap. V. nr. 38. sqq.

ja auch die Verwendung der Materialien zum Bauen ihre natürliche, sich von selbst verstehende Bestimmung. In der Natur eines Verkaufs von Materialien zum Bauen liegt es demnach ganz und gar nicht, daß der Credit nur in Erwartung einer besondern Sicherheit gegeben werde. Es kann daher auch der Credit derselben nicht den Character einer solchen modificativen Bestimmung annehmen, in deren Rücksicht die Gesetze einem also modificirten Gelddarlehn die Kraft einer stillschweigend contrahirten Hypothek auf das mit dem geliehenen Gelde wiederhergestellte Gebäude beygelegt haben. Man könnte zwar einwenden, daß durch den Credit der Waare der Kaufcontract von Seiten des Verkäufers in ein Darlehn übergehe. Allein daß selbst das bloße Gelddarlehn allein, der vom Schuldner geschehenen Verwendung ungeachtet, um einer Sache die Existenz in dem Vermögen des Schuldners zu geben, zur Begründung einer gesetzlichen Hypothek nicht genüge [77], ist theils schon bemerkt, theils wird es in der Folge noch weiter ausgeführt werden. Ueberdem wird ja bey einem Verkaufe auf Credit angenommen, als sey das Geld bezahlt, mithin die vorige Schuld getilgt. Es wird also durch den Credit eine neue Schuld contrahirt, mithin eben dadurch die Hypothek, wenn auch dem Gläubiger gesetzten Falles zuvor eine solche zugestanden hätte, erloschen seyn [78]. Und so hat denn auch die Praxis selbst entschieden, wie Wernher [79] und Rivinus [80] aus meh-

77) Man vergleiche *L.* 17. *C. de pignor. L.* 5. §. 17. *D. de tributor. action.*

78) Gesterding Pfandrecht S. 104.

79) Select. Observation. for. Tom. III. Part. I. Obs. 28.

80) Enunciat. iuris Tit. XLIII. Enunc. 40. pag. 1547.

mehreren Beyspielen erwiesen haben. Eben so verhält sich's mit dem Handwerkslohn [81]). Sind die Zimmerleute und Maurer für ihre Zahlung besorgt, so lassen sie sich wöchentlich bezahlen, oder bringen ihre Zahlung zur Sprache, während das Werk in der Arbeit ist. Sind sie aber deshalb unbesorgt, wie kann ihnen ihre Sorglosigkeit eine Hypothek auf dem wiederhergestellten Gebäude verschaffen, da die Gesetze nicht einmal dem **Redemptor operis** ein eigenes Sicherheitsrecht gewähren?

III. Das Geld muß dem Bauherrn selbst, nicht aber bey einem verdungenen Baue dem Baumeister creditirt werden, es wäre denn, daß Letzteres mit Vorwissen des Bauherrn, und auf dessen Auftrag geschähe [82]). Denn Papinian sagt ganz bestimmt: qui redemptori, *domino mandante*, nummos ministravit. Nimmt der redemptor operis, welcher gegen eine accordirte Summe den Bau übernommen hat, ein Darlehn zur Bestreitung der Unkosten in eignem Namen auf, so erlangt der Darleiher an dem, wenn gleich mit seinem Gelde, renovirten Gebäude kein Pfandrecht; und auch dem redemtor selbst steht wegen seiner Forderung an den Bauherrn keine gesetzliche Hypothek zu [83]). Cedirt daher auch der Redemtor dem Gläubiger seine Forderung an den Bauherrn, so kann der Cessionar dadurch nicht mehr Recht erwerben, als der Cedent selbst hatte.

IV. Das

81) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 28.

82) Nam qui mandat numerari, ipse accepisse intelligitur. *L.* 48. §. 1. *D. Mandati. L.* 11. §. 5. *D. de pigner. act.*

83) Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 80. und Zirklers Revision 2. Th. S. 184.

IV. Das Geld muß namentlich zur Wiederherstellung des Gebäudes dargeliehen worden seyn. Das Gesetz sagt ausdrücklich: Senatusconsulto pignus insulae creditori datum, qui pecuniam *ob restitutionem aedificii exstruendi* mutuam dedit. Diese Bestimmung des Geldes muß also dem Darlehn als eine wahre Modification beygefügt seyn. Denn die bloße Verwendung des Geldes zu dem gedachten Zweck ist, um das Pfandrecht zu begründen, nicht hinreichend, wenn es nicht auch gerade zu diesem Zweck war dargeliehen worden [84]). Eben so wenig würde auch dem Gläubiger eine gesetzliche Hypothek zustehen, wenn er, erst nach vollendetem Baue, das Geld zur Bezahlung der deshalb gemachten Schulden dem Eigenthümer dargeliehen hätte [85]). Dieses wesentliche Erforderniß bestärken auch alle oben angeführten Fragmente Ulpians. Soviel aber insonderheit den Sinn der Worte *restitutio aedificii exstruendi* anbetrifft, so ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß sie eigentlich nur von einem vorhin ganz vernichteten Gebäude verstanden werden können, welches von neuen wieder aufgebauet werden muß, es mag nun vor Alter zusammengefallen, oder durch Zufall z. B. durch Brand verheert, oder durch Ueber-

schwem-

84) S. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLXXXV. medit. 2. *Pet.* Vanderanus de privilegiis creditorem Cap. 8. (in *Meerman. Thes.* T. II. pag. 700.) Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. V. §. 104. S. 376. f. Meißner §. 79. Zirkler a. a. O. S. 192.

85) Walch Diss. cit. Sect. II. §. 4. et 8. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 200. und 201.

schwemmung verwüstet worden seyn [86]). Wird ein Gebäude blos reparirt, welches noch steht, gesetzt auch daß es dem Einsturz nahe war, so wird diese Ausbesserung in den Gesetzen nie *restitutio*, sondern immer *refectio* genennt. Man sieht dieses besonders recht deutlich aus dem Titel der Pandecten *de damno infecto*, XXXIX, 2. in welchem nur von aedibus ruinosis und vitiosis, welche den Einsturz drohen, die Rede ist, wie genau die Gesetze zwischen *reficere* und *restituere* unterscheiden. Denn da ist überall nur von einer *refectio* die Rede [87]), und gerade da [88]), wo der Fall von einem niedergerissenen Gebäude war, wird, weil in dem gegebenen Falle die Handlung widerrechtlich war, gesagt: *restituere* eum, qui demolitus est, debere proprio sumtu. Noch augenscheinlicher giebt Ulpian diesen Unterschied an, wenn er *Libro XVII. ad Sabinum* [89]) sagt: Non tantum si aedes ad aream redactae sint, ususfructus extinguitur, verum etiam, si demolitis aedibus, testator alias

86) S. *Iac.* Cujacius Lib. X. Responsor. Papiniani ad L. 1. D. h. t. (*Operum* Tom. I. pag. 455.) Derselbe in Animadversion. ad Robertum Lib. III. cap. 14. *Reinh.* Bachovius de pignorib. et hyp. Lib. I. Cap. 12. nr. 1. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. LXXVI. Th. 7. *Io. Ortw.* Westenberg Divus Marcus Diss. XLI. §. 3. Meißner §. 78. S. 203. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 642.

87) *L.* 18. §. 2. *L.* 32. *L.* 41. *D. de damno inf.*

88) *L.* 37. *D. eodem.*

89) *L.* 10. §. 1. *D. Quib. mod. ususfr. amitt.* Man verbinde damit noch *L.* 35. *D. de pignorib.* und *L.* 65. §. 2. *D. de legat. I.*

alias novas *restituerit*. Plane, si per partes *reficiat*, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum. Der überzeugendste Beweis liegt aber in unserm Gesetz selbst, wo die Worte ob restitutionem aedificii *exstruendi* deutlich genug zu erkennen geben, daß hier von keiner bloßen Reparatur die Rede sey. Denn das Wort exstruere wird nur von aedificiis dirutis gebraucht [90]). Sollte also dem Gläubiger, welcher nicht gerade zur Wiederherstellung eines vorhin vernichteten, sondern zur Reparatur eines baufälligen Gebäudes namentlich Geld vorgeschossen hat, die gesetzliche Hypothek schlechterdings abzusprechen seyn? Dieß behaupten allerdings viele Rechtsgelehrten [91]), und man kann ihnen darin Recht geben, daß eine solche Reparatur, welche nur die zeitige Unterhaltung des Hauses bezweckt, so wie sie jedem ordentlichen Hausvater obliegt, und selbst, als modica refectio, der Usufructuar übernehmen muß [92]), die postulirte Qualität nicht hat. Eine solche Reparatur ist der Restitution zu ungleich, als daß dem Gläubiger, der das Geld dazu vorgeschossen hat, deshalb eine gesetzliche Hypothek eingeräumt werden könnte. Allein wie wenn das Haus zwar zur Zeit des contrahirten Darlehns noch steht, aber so baufällig ist, daß es den Einsturz drohet, und also von Grund aus reparirt werden muß, so daß diese Renovation einer Wie-

90) *L.* 58. *D. de legat. I. L.* 47. *pr. D. de damno infecto.*

91) S. Cujacius Comm. in libr. X. Responsor. Papiniani. ad L. 1. D. h. t. und die übrigen oben Not. 86. angeführten Rechtsgelehrten, ausser Bachov. Diesen ist noch beyzufügen Gesterding Pfandrecht §. 17. S. 104. a. E.

92) *L.* 7. §. 2. *D. de Usufructu.*

Wiederherstellung vollkommen gleichgeachtet werden kann, sollte es hier auch dem Geist des Gesetzes entgegen streiten, wenn man dem Gläubiger, der dazu das Geld dargeliehen hat, das gesetzliche Pfandrecht auf dem renovirten Hause zuerkennt? ich glaube, unter Beystimmung einer nicht geringen Anzahl der angesehnsten Rechtsgelehrten [93]), diese Frage mit Grund verneinen zu können. Denn wie könnten die Gesetze hier dem Gläubiger entgegen seyn, welche es dem Präses der Provinz eben so gut zur Pflicht machten, ut, inspectis aedificiis, wie Ulpian [94]) sagt, dominos eorum, causa cognita, *reficere* ea compellat: et adversus detrectantem competenti remedio *deformitati* auxilium ferat, als dem Curatur reipublicae, ut dirutae domus a dominis *exstruantur* [95])? Oder warum sollten sie gerade in diesem Falle dem nothbedrängten Bauherrn den Credit erschwert haben?

Man

93) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 70. *Pet.* Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXVI. Th. 14. Not. *v.* pag. 20. sq. Bachovius Tr. de pignorib. et hyp. L. I. cap. 12. pag. 52. *de* Back Diss. cit. ad L. 1. D. h. t. Cap. IV. pag. 96. sqq. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 194. §. 1. Walch cit. Diss. de priv. pecuniae in refect. aedium creditae Sect. II. §. 3. Vinnius select. iur. Quaest. Lib. II. Cap. 4. Westphal Pfandrecht §. 99. Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. V. §. 104. S. 377. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 199.

94) *L.* 7. *D. de officio Praesidis.*

95) *L.* 46. *D. de damno infecto.* S. *Ev.* Otto de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. IX. §. 1. und Westphal de libertate et servitutib. praedior. §. 17. et 18.

Man sagt zwar, daß eine ausdehnende Erklärung kein stillschweigendes Pfandrecht begründen könne, und dieß kann man auch in sofern zugeben, daß Privilegien im eigentlichen Verstande nicht wegen der Gleichheit des Grundes auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfen [96]). Allein das Pfandrecht, von welchem hier die Rede ist, gehört, wie oben ausgeführt worden, zu den Fällen, wo die gesetzliche Hypothek aus einer stillschweigenden Uebereinkunft der Partheyen abgeleitet wird. Will man also auch hier nicht auf den öffentlichen Zweck, welchen überhaupt die auf das Bauwesen sich beziehenden Verordnungen des Römischen Rechts beabsichtigten, Rücksicht nehmen, so würde doch schon die stillschweigende Intention der Interessenten für diese Meinung sprechen [97]). Und in beyder Rücksicht würde es denn doch gewiß gleichviel seyn, ob der Gläubiger das Geld herleihet, um ein schon verwüstetes Gebäude wieder herzustellen, oder durch Reparatur eines baufälligen Gebäudes den sonst unvermeidlich gewesenen Einsturz desselben abzuwenden, oder man müßte der auffallenden Ungereimtheit Statt geben, daß der Eigenthümer, um Credit zu erhalten, erst das Gebäude müßte einstürzen lassen.

V. Das Darlehn muß wirklich zu dem Zweck, wozu es aufgenommen worden ist, verwendet worden seyn. Zwar sind auch hierin nicht alle Rechtsgelehrten einverstanden. Daß freylich das Gebäude wiederhergestellt seyn

 müsse,

96) *L.* 14. *D. de Legib.* *L.* 1. §. 2. *D. de Constitut. Princip.* Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 19.

97) S. Zirkler's Revision 2. Th. S. 197. ff.

müsse, geben alle zu, denn sonst könnte ja der Gläubiger kein Pfandrecht daran haben. Allein, man sagt, der Schuldner könne das Gebäude wieder hergestellet haben, ohne gerade das Geld des Gläubigers dazu zu verwenden. Nach den Worten des Gesetzes sey es schon genug, wenn das Geld zu diesem Zweck sey angeliehen worden; daher scheine zum Behuf des Pfandrechts überhaupt auch nur dieses, nicht aber die wirkliche Verwendung des Geldes, erforderlich zu seyn, und dieß sey auch um so mehr anzunehmen, je weniger dem Gläubiger zuzumuthen sey, selbst die Aufsicht bey dem Baue zu führen; es hänge mithin die wirkliche Verwendung des Geldes nicht weiter von ihm ab [98]). Allein es liegt schon in der Natur des modificirten Darlehns, daß der modus müsse erfüllt werden, wenn die demselben beygelegte rechtliche Wirkung statt finden soll, und es war daher schon genug, wenn das Gesetz sagte, daß das Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes müsse dargeliehen worden seyn. Man setzt uns zwar die *L.* 1. § 9. und *L.* 7. *D. de exercitor. act.* entgegen, in welchen gesagt wird, daß derjenige, welcher einem Schiffsmeister baar Geld vorgeschossen hat, um das beschädigte Schiff davon repariren zu lassen, auch dann gegen desselben Herrn mit der actione exercitoria auf die Bezahlung klagen könne, wenn dieser auch das Geld nicht zu diesem Zweck

98) S. Gesterding Lehre vom Pfandrecht S. 105. Allein schon vor ihm haben Mevius Decis. Tom. I. P. V. Decis. 84. Alciatus ad L. 25. D. de reb. credit. (*Oper.* Tom. I. pag. 306.) Huber Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 8. und Crell Diss. de privilegio pecuniae ad certum usum creditae ex animo dantis aestimando §. 6. eben dieses behauptet.

Zweck verwendet habe. Allein schon der in dem Gesetz angeführte Grund: exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit, beweißt, daß dort ein besonderes Verhältniß eintrat, wovon hier kein Gebrauch gemacht werden kann. Daß hier zur Begründung der Hypothek die Verwendung des Geldes zum Bau nothwendige Bedingung sey, erhellet auch nicht undeutlich aus den Worten der Novelle XCVII. Kap. 3. In his omnibus posteriores creditores, *quorum pecuniis* res adquisitae vel *renovatae* sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores. Und diese Meinung hat auch die Auctorität der meisten Rechtsgelehrten [99]) für sich. Da also Beydes, die Anleihe und Verwendung des Geldes zur Wiederherstellung des Gebäudes, nothwendig erfordert wird, wenn der Gläubiger auf die gesetzliche Hypothek, wovon hier die Frage ist, Anspruch machen will; so ist auch der Gläubiger den Beweis davon zu führen schuldig [100]). Man läßt jedoch bey diesem insgemein schwie-

99) Voet Comment. ad Pand. §. 28. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 74. *de* Back cit. Diss. Cap. IV. pag. 98. Walch Diss. cit. Sec. II. §. 8. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 200. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 104. S. 382. f. Meißner §. 79. Frister Diss. de privilegio creditorum personali. *Gottingae* 1804. Cap. II. §. 9. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 801. Not. 1.

100) *Sam.* Stryk Diss. de probanda versione crediti. *Halae* 1701. Cap. III. §. 15. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 75. Walch cit. Diss. Sect. II. §. 8. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 200. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 104. S. 383. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 304.

schwierigen Beweise die billige Mäßigung eintreten, daß man nicht über das ganze Detail der Verwendung einen strengen Beweis von dem Gläubiger fordert, sondern auch einen künstlichen Beweis zuläßt, der durch gegründete Muthmassungen geführt wird [1]).

Man fordert endlich auch noch

VI. daß das Gebäude zu der Zeit, da der Gläubiger sein Pfandrecht verfolgt, noch vorhanden seyn müsse [2]). Es erlösche daher das Pfandrecht, wenn das wiederhergestellte Gebäude durch einen neuen Zufall zu Grunde geht [3]). Dagegen haben jedoch andere [4]) eingewendet, daß in der *L.* 1. *D. h. t.* von einer solchen Erlöschung nichts erwähnt werde, dieselbe auch mit der Absicht des Gesetzgebers nicht übereinstimme, welche darin bestehe, die Wiederaufbauung verfallener Gebäude zu befördern; überdem mache nicht blos das wiederhergestellte Gebäude, sondern auch die ganze Insula, mit Inbegriff der

1) Carpzov P. I. Const. 28. Def. 106. Stryk cit. Diss. Cap. IV. §. 14. und Fried. von Bülow und Theod. Hageman's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 4. Band Erört. LXXX.

2) Ausser Hellfeld sind dieser Meinung Merlinus de pignorib. Lib. III. Tit. 1. Qu. 5. nr. 66. Stryk Diss. cit. de prob. versione cred. Cap. III. §. 15. Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 801. Not. 1.

3) Carpzov P. I. Const. 28. Def. 105. *Pet.* Vanderanus de privilegiis creditorum cap. 8.

4) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 76. Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 104. S. 384. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 82.

der area, den Gegenstand des Pfandrechts aus, und das Pfandrecht daure auch nach dem Untergange des Gebäudes allezeit auf der area fort [5]). Allein man Unterscheide. Die bloße Hypothek dauert freylich auf dem Boden fort, und der Gläubiger wird auch beym Concurse seinen Platz vor den spätern Pfandgläubigern behaupten, den ihm der Vorzug der Zeit anweißt. Aber auf das mit dieser Hypothek sonst verbundene Privilegium kann doch nun der Gläubiger keinen weitern Anspruch machen, welches salvam pignoris causam voraussetzt [6]). Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich,

1) daß dieses Pfandrecht auf diejenigen Gläubiger nicht erstreckt werden darf, welche zur Erhaltung und Herstellung anderer Sachen, als fester Gebäude, Geld dargeliehen haben. Doch machen viele Rechtsgelehrten [7]) eine Ausnahme, wenn das Darlehn zur Ausrüstung und Ausbesserung eines Schiffs gegeben, und dazu verwendet worden ist. Ja es giebt Rechtsgelehrten [8]), welche jedem Gläu-

5) *L.* 29. §. 2. *D. de pignorib. et hyp.*

6) *L.* 5. *et* 6. *D. Qui potior. in pign. Nov. XCVII. cap.* 3.

7) *Reinold* Kuricke Resolut. Quaestion. illustr. ad ius maritimum pertinent. Qu. 13. (in Heineccii *Scriptor. de iure nautico et maritimo.* pag. 865.) Negusantius de pignoribus P. II. Membr. 4. §. 162. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 159. medit. 1. *Io. Iul.* Surland Diss. ad L. 1. D. h. t. §. 9. sqq. Walch Introd. in controvers iuris civ. Sect. II. Cap. 5. Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 202. ff. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. Band §. 801.

8) Carpzov P. I. Const. 28. Def. 105. *de* Coccеji iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

Gläubiger, der zur Erhaltung oder Herstellung auch irgend einer andern Sache Geld vorgeschossen hat, das nämliche Sicherheitsrecht einräumen wollen. Sie berufen sich hauptsächlich auf die *L.* 5. und *L.* 6. *pr. D. Qui potiores in pignore.* In der ersten Stelle sagt Ulpian, aus dessen *libro III. Disputationum* dieselbe entlehnt ist, Interdum posterior potior est priori, utputa, si in rem istam conservandum impensum est, quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam, vel reficiendam ego credidero. In der andern Stelle fügt Ulpian den Grund hinzu: Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. Daß dieses von einer gesetzlich privilegirten Hypothek des Gläubigers zu verstehen sey, glaubt man, könne darum keinem Zweifel unterworfen seyn, weil das Vorrecht dahin gehe, daß der Gläubiger vor andern aus dem durch den Verkauf des Schiffs gelöseten Gelde seine Befriedigung erhalten solle, weil er es sey, mit dessen Gelde das Schiff, und also auch die Hypothek der übrigen Gläubiger, erhalten worden ist. Ein solches Recht an einer Sache, und zwar in securitatem crediti, lasse sich, ohne ein Pfandrecht anzunehgar nicht denken. Aus dem nemlichen Grunde werde sogar demjenigen Gläubiger, welcher zum Unterhalt der Schiffsleute creditirt hat, ein gleicher hypothekarischer Vorzug eingeräumt, weil ohne diesen Credit das Schiff nicht an Ort und Stelle hätte ankommen können. Diesem sey auch nicht entgegen, wenn die *L.* 26. *et* 34. *D. de rebus auct. iud. possid.* demjenigen, welcher zur Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffs

Geld

Geld geliehen hat, nur ein privilegium exigendi einräumen. Denn ein solches privilegium werde gerade auch in der *L.* 1. *D. de cessione bonorum* demjenigen Gläubiger gegeben, qui *ob restitutionem aedificiorum* crediderit, und doch sey es hier entschieden, daß ein solcher Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht habe. Daß aber dieses Pfandrecht auch demjegigen Gläubiger zustehe, welcher zur Ausbesserung eines Schiffs Geld vorgeschossen hat, lasse sich aus der authentischen Interpretation, welche Kaiser Justinian in der Novelle XCVII. Kap. 3. hiervon gegeben hat, nicht undeutlich schließen. Hier heiße es nun ausdrücklich: *Scimus, quasdam* HYPOTHECAS, *etsi posteriores*, EX PRIVILEGIIS A LEGIBUS ILLIS CONCESSIS, *praeponi antiquioribus creditoribus: veluti quando quis pecunia sua* NAVEM *fabricaverit, vel eam emi, fabricari, aut reparari, vel domum forte aedificari, vel agrum vel aliud quid emi curaverit. In his enim omnibus posteriores creditores*, QUORUM PECUNIIS RES ADQUISITAE VEL RENOVATAE SUNT, *potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores.* Es sey keinem Zweifel unterworfen, daß nach den Worten dieser Novelle den Gläubigern der Schiffe und Häuser gleiche Vorzugsrechte ertheilt würden, und zwar ob hypothecas ex privilegiis *a legibus* datas. Verbinde man nun noch damit die Allgemeinheit des vom Ulpian *L.* 6. *pr. D. Qui potior. in pignore* angeführten Grundes: **Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam,** und beherzige die Maxime, überall in den Gesetzen Einheit und Uebereinstimmung zu suchen, so werde man sich sogar überzeugen, daß hier das Schiff nur als Beyspiel stehe, und man werde sich selbst nach der Logik,

welche

welche auch auf die Auslegung der Gesetze anwendbar ist, gedrungen fühlen, der *L.* 1. *D. h. t.* die oben behauptete Extension zu geben, so daß zu einer mathematischen Evidenz nur die Anschauung fehle. Niemand wird gewiß die scharfe Präcision dieser Gründe verkennen, und sie hätten mir fast die Beystimmung abgenöthiget, wenn sie nicht noch einige Zweifel übrig ließen, welche mir die Stärke derselben zu überwiegen scheinen. Unläugbar wird doch dem Gläubiger, der zur Erbauung, Einrichtung, und Ausrüstung eines Schiffs Geld dargeliehen hat, eben so, wie demjenigen, welcher auch zum Ankaufe desselben creditirt hat, in den *L.* 26. und *L.* 34. *D. de rebus auctoritate iudic. possid.* nur ein privilegium exigendi gegeben. Dieß ist aber keine bevorzugte Hypothek, sondern das simple Vorzugsrecht vor den chirographarischen Gläubigern. Denn nur von diesem ist die Rede, wenn in dem Titel der Pandecten *de rebus auctoritate iudicis possidentis* das Wort privilegium gebraucht wird. Daß hier von keiner Hypothek die Frage sey, ergiebt sich noch mehr daraus, weil dem gedachten Gläubiger der Rang nach dem Fiskus eingeräumt wird. Martian sagt nämlich *L.* 34. *D. cit.* Quod quis navis fabricandae, vel emendae vel armandae, vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, *habet privilegium post fiscum.* Offenbar bezieht sich dieß auf das persönliche Privilegium, welches dem Fiskus in der vierten Classe zusteht, vermöge dessen er unter den chirographarischen Gläubigern z. B. in Rücksicht einer ihm von einem Dritten cedirten simplen Forderung den ersten Platz einnimmt. Von diesem persön-

sönlichen Vorzugsrechte des Fiskus spricht Paulus [9]), wenn er sagt: *Privilegium fisci* est, inter omnes creditores (nämlich chirographarios, wie Cujaz diese Stelle bey Schulting [10]) ganz richtig erklärt) primum locum tenere. Und hierauf bezieht sich auch, was Ulpian [11]) sagt: Fiscus, *cum in privati ius succedit*, privati iure pro anterioribus suae successionis temporis utitur, caeterum posteaquam successit, habebit *privilegium suum*. Hätte nun der Gläubiger, der zur Ausrüstung oder Ausbesserung eines Schiffs Geld dargeliehen hat, wirklich eine gesetzliche Hypothek, so wäre nicht zu begreifen, warum ein solcher Gläubiger dem Fiskus nachstehen soll. Eos enim, qui acceperunt pignora, so rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 9. *VIII* 18. *Cod. Qui potiores in pignore habeantur*, cum in rem actionem habeant, *privilegiis omnibus*, *quae personalibus actionibus competunt*, praeferri constat. Allein wahre hypothekarische Gläubiger wurden auch, als solche, gar nicht immittirt, sondern verfolgten ihre Hypothek ausser aller Gemeinschaft mit andern Creditoren [12]). Zwar ist nicht zu leugnen, daß auch demjenigen Gläubiger, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld vorgeschossen hat, in der *L.* 24. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* ein privilegium exigendi gegeben wird, der doch ganz ent-

9) *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 12. §. 10.

10) Iurisprud. vet. Antejustin. p. 480. not. 44.

11) *L.* 6. *pr. D. de iure fisci.*

12) *Const.* 10. *VII.* 72. *Cod. de bonis author. iudicis possidendis.*

entschieden wegen dieser Forderung eine gesetzliche Hypothek hat; allein wo ist das Gesetz, welches dem Schiffsgläubiger eine solche Hypothek giebt? Die *L.* 5. *D. Qui potiores in pignore* entscheidet wenigstens hierüber nichts. Der ihm daselbst vor andern hypothekarischen Gläubigern eingeräumte Vorzug setzt zwar eine auch ihm zustehende Hypothek voraus; allein daraus folgt nicht, daß ihm deswegen eine gesetzliche Hypothek zustehe. Denn das Gesetz spricht nur von der Rangordnung bereits constituirter Hypotheken. Und wollte man etwa auf den in *L.* 6. *D. eodem.* angeführten Entscheidungsgrund ein Gewicht legen; so dürfte man doch auch nicht übersehen, daß das Darlehn für nothwendige Reparaturen, oder auch zur Verproviantirung eines Schiffs zu einer bevorzugten Hypothek-Forderung nur unter der Voraussetzung erhoben werde, wenn das Schiff schon vorher verhypothecirt war, wie die Worte: veluti *si navis fuit obligata*, lehren. Denn hier nur kann man sagen: posterioris creditoris pecunia *salvam fecit totius* PIGNORIS *causam*. Wie offenbar unrichtig erscheint nicht also auch von dieser Seite der Satz, daß mit einem Darlehn zur Ausrüstung und Ausbesserung eines Schiffs, oder auch zu dessen Verproviantirung, ein stillschweigendes Pfandrecht an demselben schon an sich verknüpft sey? Eben so wenig beweißt endlich auch die angeführte *Nov. XCVII. cap.* 3. Sie redet zwar von hypothecis, quae, etsi posteriores, *ex privilegiis a legibus illis concessis*, praeponuntur antiquioribus creditoribus, also von bevorzugten Hypotheken, aber nicht gerade von gesetzlichen. Denn es ist ja nicht blos von solchen Gläubigern die Rede, mit deren Gelde ein Schiff erbauet,

bauet, oder ausgebessert, oder gekauft, sondern auch von solchen, mit deren Gelde ein Haus erbauet, oder ein Grundstück gekauft worden ist. Daß aber nicht allen diesen Gläubigern eine gesetzliche Hypothek zustehe, ergiebt sich klar aus einer jüngeren, zwey Jahre später erlassenen *Novella CXXXVI. Cap.* 3. (vom J. 541.) wo zur Begründung einer privilegirten Hypothek für Darlehne zur Anschaffung beweglicher oder unbeweglicher Sachen eine ausdrückliche Bestellung derselben erfordert wird. Offenbar wollte also Justinian in der *Novella XCVII.* kein neues Recht einführen, sondern bezog sich auf die älteren Gesetze, nach welchen das Vorzugsrecht des Gläubigers, der zum Ankaufe eines Grundstücks creditirt hat, mit welchem Justinian hier denjenigen Gläubiger, der zur Erbauung, Ausbesserung, oder Anschaffung eines Schiffs Geld vorgeschossen hat, in eine Classe setzt, nur einer deshalb ausdrücklich vorbehaltenen Hypothek beygelegt ist [13]). Ich übergehe andere Gründe, die schon von Franz Connanus [14]), Hugo Donellus [15]), Arnold Vinnius [16]), Reinhard Bachovius [17]), Ulrich Huber [18]), Gerh. Noodt [19]), Joseph Averani,

13) *L.* 17. *Cod. de pignorib. L.* 7. *Cod. Qui potiores in pignore.*

14) Commentar. iuris civ. Lib. IV. Cap. 17. fol. 317. sqq.

15) De pignorib. Cap. 5.

16) Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 4.

17) De pignor. et hyp. Lib. IV. cap. 11.

18) Praelect. ad Pand. h. t. §. 8.

19) Commentar. ad Pand. h. t. *Operum* Tom. II. pag. 445.

rani[20]), Helferich Hunnius[21]), Wolfg. Ad. Lauterbach[22]), Joh. Ortwin Westenberg[23]); Johann de Back[24]), und anderen mehr[25]) gebraucht worden sind.

2) Auch derjenige Gläubiger hat kein gesetzliches Pfandrecht, welcher zur Erkaufung eines Hauses, oder zur Anschaffung einer andern unbeweglichen oder beweglichen Sache Geld dargeliehen hat. Hat er sich aber eine Hypothek vorbehalten, so ist sie privilegirt[26]). Endlich kann auch

3) die

20) Interpretat. iuris Lib. II. cap. 13.

21) Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tr. III. P. V. Qu. 6. pag. 791. sqq.

22) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 80.

23) Divus Marcus Diss. XLI. §. 13.

24) Diss. ad L. 1 *π*. h. t. Cap. V.

25) *Ge. Lud.* Boehmer Elect. iuris civ. Tom. I. Exerc. XII. §. 13. *Tob. Iac.* Reinharth Exercit. de nonnullis pragmaticorum erroribus circa doctrinam de tacita hypotheca *Goett.* 1736. §. 15. et 16. *Io. Iust.* Weismantel Progr. de hypotheca tacita pecuniae in refectionem navis creditae, ex iure Rom. perperam derivata. *Erfordiae* 1798. Meißner §. 84. *Io. Ern. Iust.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. II. Obs. 463.

26) *L.* 7. *Cod. Qui potior. in pignore. Nov. XCVII. cap.* 3. *Nov. CXXXVI. cap.* 3. S. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 5. §. 105. *Benj. Frid.* Pfizer Diss. de pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur. *Stuttgardiae* 1792. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. 22.

3) die gesetzliche Hypothek nicht auf ein Darlehn zur Erbauung eines neuen Hauses an einem Orte, wo vorher noch keins gestanden ist, erstreckt werden [27]). In der *Nov. XCVII. cap.* 3. wird zwar unter den gesetzlich privilegirten Hypotheken auch die Hypothek desjenigen Gläubigers aufgeführt, qui pecunia sua *domum aedivicari* curaverit; allein die nachfolgenden Worte: In his enim omnibus posteriores creditores, quorum pecuniis res adquisitae vel *renovatae* sunt, lassen keinen Zweifel übrig, daß hier nicht von Erbauung eines neuen, sondern von der Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes die Rede sey. Ein gesetzliches Pfandrecht haben auch

IV. Pupillen und Minderjährige an den mit ihrem Gelde vom Vormunde oder einem Dritten für sich und im eignen Namen erkauften Sachen. Es ist dieses durch eine Verordnung der Kaiser Septimus Severus und Antoninus Caracalla eingeführt worden, wie aus *L.* 6. *Cod. de servo pignori dato*, einem Rescripte des Kaisers Alexander Severus, erhellet. Es lautet wörtlich folgendermassen.

Si tutor tuus de pecunia tua servos emtos manumisit: quoniam huiusmodi servi, sicut ceterae res, pupillaribus pecuniis emtae, iurae pignoris ex constitutione divorum Parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt.

Die

27) Huber Praelect. c. l. *de* Back Diss. cit. ad L. 1. D. h. t. Cap. IV. pag. 97. §. Sed quid etc. Gmelin a. a. O. S. 378 Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1178. und Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 78. S. 202.

Die Rechtsgelehrten sind zwar in Ansehung des hier behaupteten Pfandrechts nicht einverstanden. Einige [28]) wollen es den Pupillen ganz abstreiten. Sie glauben, es ergebe sich aus *L. 3. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt*, daß den Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen ein Pfandrecht vorbehalten werden müsse, wenn ihnen ein solches zustehen solle. Andere [29]) hingegen räumen zwar den Pupillen eine stillschweigende Hypothek ein, wenn der Vormund mit ihrem Gelde Sachen für sich angeschaft hat, sie läugnen aber, daß ihnen auch an den von einem Dritten mit ihrem Gelde erkauften Sachen eine solche Hypothek zustehe. Noch andere [30]) behaupten daß den Unmündigen gerade dann ein Pfandrecht zustehe, wenn ein Dritter Sachen mit ihrem Gelde erkauft hat, ohne daß es ihm dazu geliehen worden. Denn habe sie der Vormund selbst für sich angeschaft, so erwerbe der Pupill an diesen Sachen das Eigenthum. Allein für die erste Meinung enthält die *L. 3. pr. D. de rebus eor. qui sub tut.* keinen hinlänglichen Grund, die gesetzliche Hypothek der Pupillen an den mit ihrem nicht angelehnten Gelde erkauften Sachen zu bezweifeln. Die Stelle ist aus Ulpians *libro XXXV. ad Edictum*, und lautet so: Sed si pecunia alterius pupilli alteri pu-

28) Dabelow Concurs der Gläubiger. S. 229. Runde Commentat. de historia, indole ac vi remedior. securitatis. §. 54.

29) *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und Westphal von Pfandrecht §. 100. S. 150.

30) *Io. Henr. Christ.* Erxleben Princip. de iure pignor. §. 85. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 844. und §. 1589. Not. 2.

pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emtus? Et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum constitutionem Imperatoris nostri et Divi Patris eius, ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus. Vergleicht man diese Stelle mit der oben angeführten *L. 6. C. de servo pignori dato*, so kann wohl nicht dem mindesten Zweifel unterworfen seyn, daß Ulpian sich hier auf eben die Constitution bezogen habe, von welcher der Kaiser Alexander spricht. Man wendet zwar ein, die Worte: *an pignoris obligationem possit habere?* deuteten eher auf eine Conventional- als gesetzliche Hypothek hin. Dieß lehrt der Zusammenhang mit den vorhergehenden Fragmenten. Die Rechtsgelehrten hätten nämlich die Oration des Kaisers Severus so erklärt, daß selbst dem Verkäufer eines Grundstücks von dem Vormunde wegen des rückständigen Kaufpretium kein Pfandrecht ohne Decret ertheilt werden könne [31]). Der Kaiser aber habe bey Unmündigen, denen auf diese oder ähnliche Art an den Gütern des Mündels eine Hypothek gegeben worden, eine Ausnahme gemacht. Allein die Ausnahme, welche hier gemacht wird, geht offenbar auf die vom Ulpian unmittelbar vorher aufgestellte Regel: Ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari, und will also soviel sagen, daß, wenn einem Unmündigen mit dem Gelde eines andern Unmündigen ein Grundstück gekauft worden sey, die Oration des Kaisers Se-

31) *L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

Severus darum nicht zur Anwendung komme, weil hier der Pupill, mit dessen Gelde dem andern Unmündigen das Grundstück gekauft worden, sobald es diesem tradirt ist, ein Pfandrecht ohne Vertrag erhalte, was ihm nach der Verordnung der Kaiser Severus und Caracalla zusteht. Von einer gesetzlichen Hypothek haben auch die Basiliken[32]) diese Stelle verstanden, welche sie auf folgende Art übertragen haben: Εὰν δὲ χρήμασιν ἀνήβου ἕτερος ἄνηβος ἀγρὸν ἀγοράσῃ, ὑπόκειται ὁ ἀγρὸς τῷ κυρίῳ τῶν χρημάτων. i. e. *Si pecunia pupilli alter pupillus fundum emerit, domino pecuniae fundus obligatus est.* Diese Erklärung wird noch mehr dadurch bestärkt, wenn man erwägt, daß sich nicht leicht eine Ursache denken läßt, warum die Oration des Kaisers Severus keine Anwendung finden sollte, wenn hier von Ertheilung einer ausdrücklichen Hypothek die Rede wäre. Dahingegen konnte allerdings die Frage entstehen, ob das Pfandrecht, welches nach einer der Oration des Kaisers Severus allem Ansehen nach schon vorausgegangenen Constitution eben dieses Kaisers[33]) dem Pupillen an

32) **Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 3. pag. 124.**

33) Die Oration des Kaisers Septimius Severus oder das in Gemäßheit derselben gemachte Senatusconsult gegen die Veräusserung und Verpfändung von Grundstücken der Pflegbefohlnen ist zwar gemacht worden, ehe noch dieser Kaiser seinen Sohn Antoninus Caracalla zum Mitregenten angenommen hatte. Denn die Oration war im Senate. ***Tertyllo et Clemente Consulibus***, gehalten worden, wie uns Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. de rebus eorum, qui sub tutela sunt*, berichtet. Die gedachten Consuln Scapula Tertullus und Tineius Clemens regierten aber im Jahre der Erb. Roms

an dem mit seinem Gelde erkauften Sache ertheilt war, demselben auch noch jetzt verbleibe, wenn mit dem Gelde

Roms 948. wie Norisius und Pagi aus den Fastis erwiesen haben; dahingegen nahm Kr. Severus seinen Sohn Caracalla erst im Jahr 951. zum Mitregenten an, wie aus SPARTIANUS *in vita Severi* cap. 14. et 16. und *in vita Caracallae* cap. 11. erhellet. S. *Chr. Gottl.* HAUBOLD Histor. iuris civ. Rom. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis Specim I. *Lipsiae* 1798. Cap. II. §. 3. Wenn nun gleichwohl Kaiser Alexander *L.* 6. *Cod. de servo pipnori dato* das Pfandrecht der Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen einer Constitution seiner divorum parentum, d. i. der Kaiser Severus und Caracalla zuschreibt, so scheint es als ob diese Constitution jünger, als die Oration des Kaisers Severus sey,; und dann würde der Zweifel, den die Worte, ut salvum sit ius pignoris, erregen, nicht gelöset seyn. Allein es ist hier zu bemerken, daß man die von diesen Kaisern herrührenden Gesetze bald einem allein, bald beyden zuzueignen pflegte, auch selbst diejenigen, welche von Severus noch vor der Annahme seines Sohns zur Mitregentschaft gegeben worden sind. Ein wichtiges Beyspiel davon giebt die Oration des Kaisers Severus selbst, welche Paulus *L.* 14. *D. de reb. eor. qui sub tutela*, eine *Oratio Divorum Principum* nennt. Daß er aber unter den *Divi Principes* keine andern, als die Kaiser Severus und Antoninus verstanden habe, hat nicht nur AUGUSTINUS de nominibus propriis *τοῦ πανδέκτου* Florentini Cap. III. §. 21. (in *Thes. Otton.* T. I. pag. 292.) ganz richtig bemerkt, sondern eben dieses erhellet auch aus andern Stellen des Paulus, als *L. ult. D. de heredib. instit. L.* 48. *pr. D. de iure fisci* und *L.* 13. *D. de reb. eor. qui sub tut.* Es ist daher auch gar nichts Auffallendes, daß in dem Justinianeischen Co-

desselben der Vormund eines andern Unmündigen ein Grundstück für seinen Mündel erkauft hat, weil nun jede Veräußerung und Verpfändung der Güter seines Pupillen dem Vormunde untersagt war? Mit Recht entscheidet Ulpian diese Frage dahin, ut salvum sit ius pignoris secundum Constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus, und zwar aus dem Grunde, weil hier, wie Ulpian am Ende des §. 1. dieser L. 3. sagt, die obligatio pignoris nicht *ex tutoris vel curatoris voluntate* geschieht. So steht nun alles in dem genauesten Zusammenhange, wenn der Entscheidungsgrund darin gesetzt wird, daß ein Pfandrecht, welches nicht durch den Willen des Vormnndes, sondern entweder durch das Gesetz, oder durch Immission von der Obrigkeit bestellt wird, wovon der §. 1. *L.* 3. handelt, gar nicht unter dem Verbote des Gesetzes stehe, wie diese Stelle auch Pothier[34]) verstanden hat. Ja es konnte hier wegen der Entstehung einer obligatio pignoris um so weniger ein Zweifel übrig bleiben, da in einem solchen Falle sogar der Vormund selbst gegen die Regel, daß er Schuldner seines Mündels seyn könne, ein Pfandrecht an den Sachen des Pupillen erlangen

der nicht eine einzige Constitution zu finden ist, welche den Namen des Kaisers Severus allein führt, obgleich mehrere darunter vorkommen, welche Severus in den ersten Jahren seiner Regierung, und also noch vor der Mitregentschaft seines Sohns, des Kaisers Caracalla gegeben hat, wie aus dem Verzeichniß seiner Constitutionen in *Abr.* Wielingii Iurisprudentia Restituta T. I. pag. 112. sqq. erscheint.

34) Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 9. N. XII. pag. 162.

gen kann, wenn er in die Stelle eines hypothekarischen Gläubigers eintritt, den er mit seinem Gelde befriediget hat, wie Marcian sagt *L.* 12. *D. eodem.* welche aus desselben *libro singulari ad formulam hypothecariam* genommen ist: Non fit contra Senatusconsultum, si cuius tutor creditori patris pupilli exsolvit, ut eius loco succedat [35]). Endlich läßt sich für das Pfandrecht der Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen auch noch eine andere Stelle aus Ulpians *libro III. Disputationum* anführen. Es ist die *L.* 7. *pr. D. Qui potiores in pignore.* Hier heißt es: Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est, et antiquioris, et eius cuius nummis comparata est. Ulpian handelte im dritten Buche seiner Disputationen von dem Vorzugsrechte einiger hypothekarischer Gläubiger, wie aus der *L.* 5. *D. eodem* erhellet, welche aus demselben Buche genommen ist. Daher erklärten die Basiliken [36]) die Anfangsworte: *Idemque est* durch Πϱοτιμᾶται καὶ μεταγενέστεϱος ὤν, i. e. *Posterior praefertur priori;* und hieraus erklärt sich auch, warum diese Stelle ihren Ort in dem Titel der Pandecten *Qui potiores in pignore*

35) S. *Frid.* Planer Ad Marcianum de formula hypothecaria Exercit. II. *Lipsiae* 1759. §. III.

36) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 5. p. 59.

gnore erhalten hat. Es ist daher ein sehr schwacher Grund, wenn man sagt, wäre die Absicht dieses Gesetzes dem Mündel ein stillschweigendes Pfandrecht an den von einem Dritten mit seinem Geld erkauften Sachen zu ertheilen, so gehörte es unter dem Titel: *In quibus causis pignus tacite contrahitur.* Denn man hat hier nicht bedacht, was ich schon oben bemerkt habe, daß in diesem Titel nur von solchen gesetzlichen Hypotheken die Rede sey, welche das mit einander gemein haben, daß sie sich aus der Natur des Geschäfts, welches durch die hypothekarische Sicherheit bestärkt wird, so erklären lassen, als ob sich die Contrahenten darüber stillschweigend verständiget hätten. So wenig sich nun also aus den angeführten Gründen das den Pupillen und Minderjährigen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen beygelegte Pfandrecht bezweifeln läßt, eben so wenig kann es aber auch gerade nur auf den Fall eingeschränkt werden, da der Vormund mit des Pupillen Gelde Sachen für sich gekauft hat. Denn nicht nur der Entscheidungsgrund der oben angeführten Verordnung der *L.* 6. *Cod. de servo pignori dato:* quoniam huiusmodi servi, *sicut ceterae res, pupillaribus pecuniis emtae*, iure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt, spricht ganz allgemein, sondern auch die *L.* 3. *D. de rebus eorum qui sub tutela*, welche sich ebenfalls, wie oben erwiesen worden, auf diese Constitution der Kaiser Sever und Caracalla bezieht, enthält gerade einen solchen Fall, wo nicht der Vormund des Mündels, mit dessen Gelde das Grundstück war erkauft worden, selbst Käufer war, sondern dasselbe für einen andern Unmündigen mit diesem Gelde war angeschaft worden. Ein Beweis

weis, daß die Hypothek eben sowohl entstehe, wenn ein Dritter, als wenn der Vormund selbst Käufer war, und diese Meinung hat auch die Auctorität der angesehensten Rechtsgelehrten [37]) für sich. Soviel endlich die dritte Meinung anbetrift, nach welcher die gesetzliche Hypothek nur dann statt finden soll, wenn die Sache von einem Dritten gekauft worden, dem Unmündigen hingegen das Eigenthum daran zustehe, wenn der Vormund selbst Käufer ist [38]); so ist freylich nicht zu läugnen, daß in dem letzten Falle dem Unmündigen in den Gesetzen eine utilis actio ad rem vindicandam gegeben werde. Ulpian läßt hierüber keinen Zweifel übrig, wenn er *L. 2. D. Quando ex facto tutoris vel curatoris* (XXVI. 9.) sagt: **Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit:** *utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam*, **vel mutuam pecuniam exigendam.** Nicht alle Rechtsgelehrten verstehen zwar diese Stelle mit mir auf gleiche weise. Denn Westphal [39]), Dabelow [40]), und Meißner

37) Lauterbach Colleg. Pand. h. t. §. 51. Donellus de pignorib Cap. 5. §. 3. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. V. §. 102. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1178. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 304. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts S. 354.

38) Diese Meinung vertheidigen auch *de* Cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 4. Bachov Tr. de pignor. et hypoth. L. I. Cap. 12. nr. 4. pag. 54. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 573. in fin. Nr. IV.

39) A. a. O. Not. 120. S. 149.

40) Lehre vom Concurse der Gläubiger Kap. XII. S. 364.

ner[41]) haben hier ihre eigenen Ansichten. Ich habe aber ihre Meinungen schon an einem andern Orte[42]) näher geprüft, und bin auch noch jetzt überzeugt, daß dem Pupillen zwar allerdings ein Eigenthumsrecht an den von seinem Vormunde einseitig mit des Mündels Gelde erkauften Sachen zustehe, derselbe aber die Wahl habe, ob er sein Eigenthumsrecht geltend machen, und sich der rei vindicatio bedienen wolle, welche dann aber freylich nur eine actio in rem utilis seyn kann, weil alle Klagen, die der Pupill durch Handlungen des Vormunds erwirbt, nur actiones utiles sind; oder ob er sein Geld von dem Vormunde mit den gesetzlichen Zinsen zurückfordern wolle, in welchem letztern Falle der Pupill sodann ein gesetzliches Pfandrecht an der mit seinem Gelde erkauften Sache haben würde. So lassen sich die angeführten Gesetze sehr wohl vereinigen, wenn man zumal die *L.* 3. *Cod. Arbitrium tutelae* (VI. 51.) noch damit verbindet[43]).

Es ist jedoch noch zu bemerken, daß das Pfandrecht, von welchem bisher gehandelt worden, dem Pupillen nur dann zusteht, wenn das Geld, mit welchem die Sache angeschaft worden, noch in seinem Eigenthume war. Denn dieß heißt hier pecunia pupillaris. Die Basiliken haben dieses auch sehr bestimmt ausgedrückt, wenn sie in der

41) Vom stillschweig. Pfandrecht. §. 88.

42) S. den 8. Theil dieses Commentars 1. Abth. §. 585. S. 159—163.

43) Man vergleiche *Franc.* Connanus Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. IV. Cap. 17. pag. 315. *Franc.* Balduinus de pignorib. Cap. 7. §. Altera hic quaestio. p. 39. (edit. *Basil.*) und Gesterding Pfandrecht. §. 17. S. 106.

der oben angeführten Stelle nur τῷ κυρίῳ τῶν χρημάτων die Hypothek geben. Hat daher Jemand von einem Pupillen ein Darlehn auf eine rechtsgültige Art aufgenommen, und solches zum Ankaufe einer Sache verwendet, so steht dem unmündigen Gläubiger, als solchem, an der mit seinem Gelde gekauften Sache seines Schuldners kein Pfandrecht zu, wenn er sich ein solches nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Denn da das Darlehn ein Veräußerungscontract ist, so hört das Geld auf, pecunia pupillaris zu seyn, sobald es dem Schuldner dargezählt worden ist [44]). Es bleibt also hier bei der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, welche in der *L.* 17. *Cod. de pignorib.* auf folgende Art rescribiren: Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit praedium: *tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit:* sane personali actione debitum apud Praesidem petere non prohiberis. Außerdem nehmen noch viele Rechtsgelehrten [45])

V. zu

44) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 52. *Io. Christ.* Koch. Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. *Gissae* 1772. §. 12. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 102. S. 364. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1178. a. E. Meißner a. a. O. §. 88. und Schnorr Histor. iur. civ. de pignorib. tacite contractis. §. 13.

45) Cujacius Recitat. solemn. ad Lib. X. Dig. in L. 5. pr. D. ad exhib. (Oper. Tom. IV. P. I. pag. 641.) Galvanus de Usufructu Cap. 33. nr. VII. pag. 460. in fin. et sq. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 800. u. a. m.

V. zu Gunsten des Frachtfahrers, er sey Fuhrmann oder Siffer, wegen seiner Fracht an den ihm zum Transport übergebenen Sachen ein stillschweigendes Pfandrecht an. Sie berufen sich zur Begründung desselben auf die *L.* 5. *pr. D. ad exhibendum*, und *L.* 6. §. 2. *D. Qui potiores in pignore.* Allein daß diese Beweise noch vielem Zweifel unterworfen sind, habe ich schon an einem andern Orte [46]) gezeigt. Eben so zweifelhaft ist

VI. das Pfandrecht, welches Hellfeld und mehrere andere Rechtsgelehrten [47]) den jährlichen Renten und Gefällen, die auf gewissen Grundstücken liegen, an diesen Grundstücken beylegen wollen. Denn der Grund, welchen man aus *L.* 2. §. 1. *D. de alimentis legatis* hernimmt, beweißt darum nichts, weil darin von einem Alimentenvermächtniß die Rede ist, welches der Fiscus, wenn ihm die erbschaftlichen Güter anheimfallen, eben so gut wie jeder andere Erbe, zu leisten verpflichtet seyn soll, wie die Worte: Et licet ad fiscum bana fuerint devoluta, ex quibus alimenta debeantur, praestanda sunt, sicuti si ad quemlibet successorem transiissent, ganz klar beweisen [48]). Es leuchtet also in die Augen, daß der Fiscus

46) S. den 11. Theils dieses Commentars §. 743. S. 217. f. Man vergleiche auch *Car.* Einert Tr. de actione ad exhibendum. *Lipsiae* 1816. 8.) §. 38. pag. 147. sq. Westphals Pfandrecht §. 158. Not. 177. S. 230. und Meißner vom stillschweigenden Pfandrechte §. 201. S. 512.

47) *Io. a* Sande Decision. aureae Lib. III. Tit. 12. Def. 8. Beblich Conclus. LXVII. n. 92 — 95. Merlinus Tr. de pignorib. Lib. II. Tit. 3. Qu. 91.

48) S. *Io. Henr.* Moench Diss. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici, praes. *Car. Henr.* Geislero def. *Erlange* 1773. §. 12.

Fiscus nicht sowohl aus dem Grunde eines Pfandrechts, als vielmehr in der Eigenschaft eines Erben zur Prästation der Alimenten verpflichtet sey. Wollte man aber auch zugeben, daß den Alimenten und jährlichen Renten, welche aus einem gewissen Grundstück vermacht worden sind, durch die Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 1. *Cod. Communia de legatis* ein gesetzliches Pfandrecht beygelegt sey, so würde sich doch daraus kein Schluß auf andere dergleichen Forderungen machen lassen, welche sich nicht aus Vermächtnissen herschreiben, sondern aus Verträgen herrühren; weil es in Ansehung derselben an einer solchen gesetzlichen Verordnung, die dem Gläubiger ein Pfandrecht ertheilt, schlechterdings fehlt. Scävola lehrt ganz bestimmt, daß der dritte Besitzer zu dieser Prästation nicht verpflichtet sey, wenn er *L.* 81. §. 1. *D. de contrah. emt.* sagt: Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua praestare praediis Caji Seji: postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his: *Quo iure, quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur.* Quaero, an emtor Cajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius? Respondit, emtorem Cajo Seio, secundum ea, quae proponerentur, obligatum non esse. Es erhellet hieraus, wie sehr diejenigen [49]) irren, welche den Grundsatz aufstellen, daß Verträge, die in Rücksicht eines gewissen Grundstücks eingegangen worden sind, demselben eine

40) S. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. in foro quod obvenient. Vol. 1. Obs. 237. und *Io. Christ.* Schroeter Diss. de pactis rem afficientibus. *Ienae* 1729.

eine Reallast auflegten, deren Verbindlichkeit mit dem Grundstück auf jeden Besitzer übergehe, welcher auch schon von andern [50]) gründlich wiederlegt worden ist. Viele [51]) glauben zwar, daß es wenigstens nicht an ausdrücklichen Gesetzen fehle, welche in Ansehung derjenigen Prästationen, die der Inhaber einer Emphyteusis, oder einer Superficies dem dominus directus zu leisten schuldig ist, dem letztern ein Pfandrecht an dem Grundstück selbst gäben, an welchem die Emphytheusis oder Superficies bestellt ist. Man führt nämlich für diese Meinung folgende Gesetzstellen an. *L.* 1. §. 2. *D. pignorat. actione*, wo Paulus sagt: Etiam vectigalae praedium pignori dari potest. Sed et superficiarium: quia hodie utilies actiones superficiariis dantur. — *L.* 17. *D. eodem*, welche aus Marcianus *libro singulari ad formulam hypothecariam* genommen ist, und so lautet: Sane *divi* Severus et Antoninus rescripserunt, ut *sine deminutione mercedis soli* obligaretur. — Besonders *L.* 15, *D. Qui potiores in pignore*, wo Paulus lehrt: Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest: ita tamen, *ut prior causa sit domini soli*, si non solvatur ei solarium. Allein wenn gleich alle diese Gesetzstellen, in ihrer Verbindung genommen, soviel ausser allem Zweifel setzen, daß der Obereigenthümer in Ansehung derjenigen Leistungen, welche

50) Man vergleiche vorzüglich *Io. Ad. Th.* Kind Quaestion. forens. Tom. III. Cap. 41.

51) Merlinus Tr. de pignorib. Lib. III. Tit. 1. Qu. 10. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 572. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts S. 353.

che er in dieser Eigenschaft fordern kann, allen den Gläubigern vorgehen soll, denen der Emphyteuta oder Superficiarius eine Hypothek auf dem Grundstücke bestellt hat; so wird doch in keinem dieser Gesetze dieses Vorzugsrecht aus einem privilegirten Pfandrechte abgeleitet. Wozu wäre es denn aber auch nöthig gewesen dem dominus directus deshalb ein Pfandrecht zu ertheilen, da ihm schon vermöge seines Obereigenthumsrechts, woraus seine Forderung herfließt, der Vorzug vor allen andern Gläubigern in Ansehung des Grundstücks gebührt, in welchem die Emphyteusis oder Superficies bestellt ist? Man unterscheide also das Recht des Eigenthümers, von der Hypothek eines bloßen Gläubigers, worauf uns mit Recht schon Bachov[52]) und Lauterbach[53]) aufmerksam gemacht haben. Eben so lehren auch Walch[54]), Westphal[55]), Geisler[56]), Dabelow[57]), Meißner[58]), Hufeland[59]) und Runde[60]).

§. 1088.

52) Tr. de pignorib. L. II. Cap. 2. nr. 6. in fin. pag. 91. sq.

53) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 127. et 128.

54) Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. III. Membr. II. Subs. II. §. 11.

55) Pfandrecht. §. 101.

56) Diss. cit. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici. §. 12. et 14.

57) Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 608. f.

58) Vom stillschw. Pfandrechte. 2. Th. §. 200.

59) Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 801. Not. 4.

60) Rechtslehre von der Leibzucht. §. 49. Not. n. S. 452.

§. 1088.

Allgemeine gesetzliche Hypotheken.

Unter den allgemeinen gesetzlichen Pfandrechten verdienen

I. diejenigen einer vorzüglichen Erwähnung, welche dem Fiscus zustehen. Der Fiscus, als juristische Person betrachtet[61]) insofern darunter, nachdem der Unterschied zwischen dem zu allgemeinen Staatsausgaben bestimmten *Aerarium populi*, und der dem Kaiser zur freyen Disposition überlassenen Casse, welche man Fiscus im eigentlichen Sinne nannte, aufgehoben war[62]), das Staatsvermögen

61) S. Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. I. §. 150.

62) Von diesem Unterschiede, den man ehemals bey den Römern zwischen Aerarium populi und Fiscus principis machte, handeln ausführlich *Iac.* Raevardus Varior. Lib. IV. cap. 4. *Io.* Corasius Miscellaneor. iuris civ. Lib. VI. cap. 19. *Ulr.* Huber Digression. Iustinian. Lib. III. cap. 21. pag. 236. sqq. und *Iul. Caes.* Bulenger de Impereo Rom. Lib. III. cap. 26. Der Unterschied selbst entstand unter Augustus, wie aus *Dio* Cassius *Hist. Rom. Lib. LIII.* p. 580. erhellet. Denn so wie er die Provinzen mit dem Volke theilte, so theilte er auch, sey es immerhin nur ein σόφισμα πολιτικόν gewesen, die öffentlichen Einkünfte mit demselben. Bis auf Marcus Aurelius kam es wenigstens bey den öffentlichen Einkünften und Ausgaben noch immer auf jenen Unterschied an, wie aus dem Zeugniß des Volcatius Gallicanus in *Avidio Cassio* Cap. 7. erhellet. S. Huber a. a. O. und Hugo Geschichte des Röm. Rechts. §. 345. Unter den byzantinischen Kaisern kannte man ihn aber nicht mehr. Das Sacratissimum Aerarium und der Sacratissimus Fiscus war nun Eins

vermögen überhaupt, oder der öffentliche Schatz des Regenten und dessen Verwaltung verstanden wurde [63]); hat

1) eine allgemeine gesetzliche Hypothek an allen Gütern derjenigen, welche ihm öffentliche Abgaben schuldig sind, und zwar von dem Augenblick der geschehenen Auflage an. Kaiser Antoninus Caracalla, ein großer Patron des Fiskus, verordnete in der *L.* 1. *Cod. In quib. causis pignus.* Universa bona eorum, qui censentur, *vice pignorum* tributis obligata sunt. Eben dieser Kaiser rescribirte in der *L.* 1. *Cod. Si propter publicas pensitationes* (IV. 46.): Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore eius iura hypothecae sive pignoris praetendente. *Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* Da jedoch beyde Verordnungen bloße Rescripte sind, worin die Kaiser gewöhnlich kein neues Recht einführten, sondern

L. 2. *et* 3. *C. de quadriennii praescript.* (VII. 37. §. *ult. I. de Usucap.* Jedoch wurden auch schon früher die Namen *aerarium* und *fiscus* zuweilen miteinander verwechselt. *L.* 13. *pr. D. de iure fisci. L.* 1. §. 9. *D. ad Leg. Cornel. de falsis.* S. Vinnius Comm. ad §. ult. I. de Usucap. *Nic. van* Hoorn Diss. de iure fisci. *Lugd. Batavor.* 1725. Cap. I. und den 2. Th. dieses Commentars §. 170. S. 499.

63) Mit Recht sagt daher Westenberg in Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. XLIX. Tit. 16. §. 2—4. Obsoleia successu temporis inter *Aerarium* et *Fiscum* differentia, nunc Fiscus nihil aliud est, quam *aerarium publicum Principis vel Reipublicae.* S. auch Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts. §. 133. und Thibaut Syst. des Pandect. Rechts 1. B. §. 331.

dern mehrentheils nach dem gemeinen Rechte sprachen [64]), auch überdem in beyden angeführten Rescripten des Kaisers Antoninus Caracalla die Hypothek des Fiscus wegen rückständiger Steuern und Abgaben als ganz bekannt vorausgesetzt wird; so kann wohl daraus der Ursprung dieser Hypothek nicht mit Gewißheit hergeleitet werden, wenn gleich einige Rechtsgelehrten [65]) den Kaiser Antoninus Caracalla vorzüglich auch schon darum für den Urheber derselben haben halten wollen, weil sie dem Charakter dieses geldbegierigen Kaisers vollkommen entspricht. Wahrscheinlich fällt daher der Ursprung dieser fiscalischen Hypothek schon in frühere Zeiten. Man hat die erste Spur derselben in einem Rescript der Kaiser Antoninus und Verus zu entdecken geglaubt [66]), wovon uns Papirius Justus *L. 7. D. de publicanis* Nachricht giebt, und welches folgenden Inhalts ist: *In vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri:* et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere: eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros. Allein gesetzt, man wollte auch dieses Rescript von einem stillschweigenden Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Ab-

64) S. Püttmanni Probabilia iuris civ. Lib. I. Cap. 14. pag. 108. und Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 38.

65) *Traug.* Thomasius in Diss. de origine atque progressu hypothecar. tacitar. §. 14. und *Io. Th.* Seger Epistola adj. Dissertationi *Io. Th.* Schnorr de pignorib. tacite contractis.

66) S. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 202. und Runde Comm. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis. §. 29.

Abgaben verstehen, ob wohl auch dieß von andern bezweifelt worden ist [67]); so würde dennoch der eigentliche Ursprung dieses Pfandrechts immer ungewiß bleiben. Soviel ist indessen gewiß, daß dieses Pfandrecht kein blos subsidiarisches Recht ist, sondern gegen jeden dritten Besitzer des steuerpflichtigen Grundstücks auch wegen derjenigen Steuern, mit welchen der vorige Besitzer im Rückstande blieb, geltend gemacht werden kann, ohne demselben die Einrede der Excußion entgegensetzen zu können, wenn gleich der vorige Besitzer noch zahlen könnte, und auch der gegenwärtige Besitzer deshalb Caution zu leisten bereit wäre. Es kann sogar, dessen allen ungeachtet, das Grundstück der schuldigen Steuern wegen verkauft werden. Dieß lehrt Papinian *L.* 5. §. 3. *D. de censibus* (L. 15.) **Pro pecunia tributi, quod sua die non est redditum, quo minus praedium iure pignoris distrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur, nec audietur legatarius contradicens ob tributa praeteriti temporis, quod heres solvendo sit, et is, qui tributis recipiendis praepositus fuerat** [68]). Dem dritten Besitzer, der die noch rückständigen Steuern bezahlen mußte, bleibt dann nur die Regreßklage gegen seinen Auctor übrig, von welcher auch Papirius Justus in der oben angeführten Stelle spricht [69]).

2) Ein

67) S. Meißner §. 96. S. 240. f.

68) S. *Iac.* Cujacii Commentar. in Lib. XIX. Responsor. Papiniani ad L. 5. D. de Censibus (*Operum postum.* T. I. pag. 618.) Meißner §. 111. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 1374.

69) S. den 8. Th. dieses Commentars 2. Abth. §. 604. Not. 21. S. 410 und Meißner §. 96. Not. 64. S. 241. f.

2) Ein anderes allgemeines gesetzliches Pfandrecht steht dem Fiscus an dem Vermögen derjenigen zu, mit welchen er contrahirt hat, und die ihm aus einem solchen Contract Etwas schuldig worden sind, und zwar von Zeit des geschlossenen Contracts an. In einer Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla, nämlich *L.* 2. *Cod. h. t.* wird auch dieses Pfandrecht schon als etwas ganz Bekanntes vorausgesetzt, wenn derselbe folgendergestalt rescribirt: Certum est, eius *qui cum fisco contrahit*, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur. Es finden sich auch wirklich schon frühere Verordnungen von eben diesem Kaiser, welche dieser Hypothek Erwähnung thun. Hierher gehören folgende Rescripte.

L. 2. *Cod. de privil. fisci.* Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus: tamen si priusquam res eius tibi obligarentur, *cum fisco contraxit*, ius fisci causam tuam praevenit. Quod si post bonorum eius obligationem rationibus meis caepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci.

L. 3. *Cod. eodem.* Si cum pecuniam pro marito solveres, neque ius fisci in te transferri impetrasti, neque pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accepisti: habes personalem actionem, nec potest praeferri fisci rationibus, a quo dicis ei vectigal denuo locatum esse: *cum eo pacto universa, quae habet habuitve eo tempore, quo ad conductionem, accessit, pignoris iure fisco teneantur.* Salva igitur indemnitate fisci debitorem tuum pro pecunia, quam pro eo fisco solvisti, more solito convenire non prohiberis.

Wenn

Wenn aber einige Rechtsgelehrten [70]) den Ursprung der Hypothek des Fiscus an dem Vermögen seiner Contraktschuldner schon vor die Zeiten des Kaisers Antoninus Pius haben zurücksetzen wollen, so läßt sich aus der für diese Meinung angeführten *L.* 10. *D. de pactis*, wo Ulpian sagt: Et repeto ante formam a *Divo Marco* datam *Divum Pium* rescripsisse, *fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et caeteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere*, kein überzeugender Beweis hernehmen, weil aller Wahrscheinlichkeit nach der Fiscus noch nicht einmal zu den Zeiten des Q. Cervidius Scävola, welcher doch erst nachher, nämlich unter Marcus Aurelius Antoninus lebte [71]), jenes gesetzliche Pfandrecht gehabt hat, wie sich aus L. 21. pr. D. Qui potiores in pignore nicht undeutlich schließen läßt, worin davon noch keine Spur vorkommt, vielmehr des Fiscus als eines solchen Gläubigers gedacht wird, der sich ein convenzionelles Pfandrecht hatte bestellen lassen [72]). Nimmt man das Wort *debitor*, wie in den meisten Fällen, für einen Contractsschuldner, so würde die erste sichere Spur dieser fiskalischen Hypothek in

 einem

70) Lischke Diss. de origine et aequitate tacitar. hypothecar. §. 17. *Io. Aug.* Hellfeld Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis. *Ienae* 1771. §. 5. in fin. u. Schnorr Histor. iur. civ. de pignoribus tacite contractis. §. 15.

71) S. Bach Hist. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. II. Sect. V. §. 17.

72) S. Gesterding Pfandrecht. §. 31. S. 223. f. und den 18. B. dieses Commentars, und dessen 2. Abth. §. 1078. Not. 45. S. 215. f.

einem während der Mitregentschaft des Severus und Caracalla erlassenen Rescripte anzutreffen seyn, welches in der *L.* 2. *Cod. de servo pignori dato* folgendermassen lautet: Libertas *a debitore fisci* servo data, qui pignori non est ex conventione speciali, *sed tantum privilegio fisci obligatus*, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur [73]).

Dieses Pfandrecht des Fiscus ist jedoch von jenem ersten darin unterschieden, daß es blos subsidiarisch ist, mithin zuerst der Hauptschuldner ausgeklagt werden muß, ehe der dritte Besitzer der Hypothek in Anspruch genommen werden kann. Es erhellet dieses nicht nur aus *L.* 47. *D. de iure fisci*, welche Stelle schon an einem andern Orte [74]) vorgekommen ist, sondern auch aus einer Verordnung des Kaisers Gordianus in *L.* 1. *Cod. de conveniendis fisci debitoribus.*

Noch ist zu bemerken, daß das besondere Recht, welches dem Fiscus wegen seiner Forderungen aus Contracten zusteht, auch dem Privatvermögen des Regenten und seiner Gemahlin in den Gesetzen beygelegt worden ist. Quodcunque privilegii fisco competit, sagt Ulpian *L.* 6. §. 1. *D. de iure fisci*, hoc idem et Caesaris ratio, et Augustae habere solet. Ja Justinian hält es sogar

73) S. Meißner §. 96.

74) S. den 18. Theil dieses Commentars §. 1083. Not. 97. S. 331. f. Man vergleiche noch Cujacii Commentar. in Lib. XIX. Responsor. Papiniani ad L. 5. §. 3. de Censibus. *Oper. postumor.* Tom. I. pag. 618. in fin. et pag. 619. Meißner §. 111. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1375.

sogar für unvernünftig, wenn man zwischen res fiscales und rem privatam Principis unterscheiden wollte. Quae enim differentia introducitur, sagt er. *L.* 3. *Cod. de quadriennii praescriptione*, cum omnia Principis esse intelligantur, sive ex sua substantia, sive ex fiscali fuerit aliquid alienatum? Ein gleiches Recht wird auch dem Vermögen des bestimmten künftigen Thronfolgers beygelegt, weil auch dieser mit dem Namen Caesar in den Gesetzen bezeichnet wird [75]). Unrichtig ist es jedoch, wenn mehrere Rechtsgelehrten [76]) dem Fiscus das ihm wegen seiner Forderungen aus Contracten zustehende gesetzliche Pfandrecht auch in dem Falle zueignen wollen, wenn er einem Privatgläubiger succedirt. Das Gegentheil lehrt offenbar Callistratus, wenn er *L.* 3. §. 7. *D. de iure fisci* sagt: Si posteriori creditori fiscus successerit, eo iure utitur, quo is usurus erat, cui successit. Man glaubt zwar, dieser Ausspruch des Callistratus sey nur in Rücksicht der vergangenen Zeit wahr, hier habe der Fiscus nicht mehr Rechte, als derjenige, welchem er succedirt, gehabt haben würde; allein von der Zeit an, da ihm das Recht des Privatgläubigers übertragen worden ist, bediene er sich seines Rechts. Man beruft sich deshalb auf eine Stelle Ulpians *L.* 6. *pr. D. eodem*, wo es heißt: Fiscus, cum in privati ius succedit, pri-

75) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 261.

76) Bachov Tr. de pignorib. Lib. I. Cap. 9. nr. 1. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. Hellfeld Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis. §. 7. u. a. m.

privati iure pro anterioribus suae successionis temporis[77]) utitur: *ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum.* Allein Ulpian handelte *lib.* 63. *ad Edictum*, woraus diese Stelle genommen ist, eigentlich nur von dem persönlichen Vorzugsrecht des Fiscus, oder dem privilegio exigendi, nicht von der gesetzlichen Hypothek, wie schon Meißner[78]) ausführlich gezeigt hat. Ob dem Fiscus auch

3) an den Gütern seiner Verwalter[79]) ein gesetzliches Pfandrecht zustehe? ist unter den Rechtsgelehrten streitig.

77) Holoander und Baudoza lesen tempóribus, und diese Leseart hält auch Brenkmann in dem Gebauerischen Corpus iuris für richtiger. Allein daß anteriora temporis ein Gräcismus ist, habe ich schon an einem andern Orte (Th. 16. S. 410. Not. 66.) bemerkt.

78) Darstellung der Lehre vom stillschw. Pfandrecht §. 109. S. 289.

79) Unter diesen Verwaltern der fiscalischen Güter war der vornehmste der Comes sacrarum largitionum, welchem nicht nur die Oberaufsicht über die Verwaltung des kaiserlichen Schatzes, sondern auch die Gerichtsbarkeit in solchen Rechtsstreitigkeiten, die den Fiscus betrafen, übertragen war, und unter seiner Auctorität wurden auch die Güter der fiskalischen Schuldner verkauft. Unter ihm standen theils die Comites largitionum specialium, nämlich der Comes largitionum per Illyricum, der Comes largitionum Italicianarum, Comes titulorum largitionalium per Africam, theils die Rationales summarum, von welchen allen *Iac.* Gutherius de Officiis domus Augustae (*Parisiis* 1628. 4.) Lib. III. cap. 16. et 18. sehr ausführlich gehandelt hat. Man sehe auch *Iac.* Gothofredus in Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de Consularibus. VI. 19.

tig. Einige [80]) sprechen ihm dasselbe gerade zu ab. Allein die meisten Rechtsgelehrten [80]) sind der Meinung, daß dem Fiscus wegen der Forderungen, die er an seine Beamten, als solche, hat, aus demselben Grunde ein Pfandrecht zustehe, aus welchem ihm solches wegen seiner Forderungen aus Contracten überhaupt ertheilt worden ist. Sie sagen, die Verbindlichkeit eines solchen Beamten zur gewissenhaften Verwaltung, Berechnung und Herausgabe der ihm anvertrauten Staatseinkünfte gründe sich auf einen mit dem Staate eingegangenen Vertrag. Der Ausdruck *contrahere* lasse sich daher selbst nach der vom Labeo *L.* 19. *D. de Verb. Significat.* diesem Worte beygelegten Bedeutung allerdings auf die Administration fiskalischer Güter anwenden. Allein dieser Grund ist nicht überzeugend. Denn nie sagen die Gesetze, daß der Regent mit dem Unterthan, dem er ein Staatsamt überträgt, in einem Contracts

tracts

80) Ge. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. (Gießen und Darmstadt 1802.) S. 179. ff. Hennemann Versuch über die bevorzugte Hypothek des Fiskus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners, von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 97. S. 328. u. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 1376. Not 2.

81) *Io. Iac.* Eberhard Diss. de iure fisci et hypotheca tacita fisco in bonis administratorum rerum fiscalium competente, praes. *Rud. Christoph.* Henne *Erford.* 1769. *Io. Aug.* Hellfeld Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis. §. 8. *Carl. Ad.* Braun Diss. de debito primipilari. *Erlangae* 1753. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 74. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1179. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts S. 352.

tractsverhältnisse stehe. Der Ausdruck *contrahere* wäre also hier ganz unpassend, weil Staatsdienste auf einer aus dem Wesen des Staats hervorgehenden rechtlichen Nothwendigkeit beruhen, welche auf Seiten des Unterthanen keine Willkühr gestattet, und also die Idee eines Vertrags von selbst ausschließt [82]. Man vergleiche nur den Titel der Pandecten *de muneribus et honoribus* (Lib. 50. Tit. 4.). Durchgehends werden hier die Staatsämter unter den allgemeinen Namen munera publica für öffentliche Lasten erklärt, und mit den Lasten, welche sich auf das Vermögen beziehen, in eine Classe gesetzt [83]; überall sprechen die Gesetze von einer Verbindlichkeit der Unterthanen, zur Uebernehmung derselben, wenn sie die dazu erforderlichen Eigenschaften besitzen [84]. Wie läßt sich also hier eine conductio operarum oder ein Mandat-Contract annehmen, wenn der Regent dem Unterthan ein Amt überträgt? gewiß eben so wenig, als die Römer bey Aufträgen an die einer Gewalt unterworfenen Personen einen Bevollmächtigungsvertrag annahmen. Die *L.* 2. *Cod. de privilegio fisci*, (VII. 73.), worauf man sich gewöhnlich beruft, gehört daher offenbar nicht hierher, denn sie redet von einem solchen Schuldner, qui cum fisco contraxit, und dieser Ausdruck bezieht sich in den meisten Fällen auf die Pachtung der kaiserlichen Einkünfte, wie aus

82) S. von Gönner der Staatsdienst aus dem Gesichtspunct des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. (Landshut 1808.) §. 29. S. 83.

83) *L.* 1. *D. de munerib. et honorib.*

84) *L.* 9. *L.* 14. §. 5. *et* 6. *D. eodem.* von Gönner a. a. O. §. 19.

aus sehr vielen Gesetzen zu ersehen ist [85]. Wenn nun auch Hermogenian *L.* 46. §. 3. *D. de iure fisci* sagt: Fiscus semper habet ius pignoris, so lehren doch andere Gesetze [86]), welche von Fällen sprechen, wo dem Fiscus kein Pfandrecht zusteht, daß dieser Ausspruch nicht in der Allgemeinheit, wie er lautet, genommen werden könne. Zwar glaubt man, es könne wenigstens in dem Falle dem Fiscus eine gesetzliche Hypothek nicht bestritten werden, wenn ein Primipilar [87]) von dem an ihn abgelieferten

85) Man vergleiche *L.* 3. *Cod. de priv. fisci.* *L.* 49. *D. Locati.* *L.* 1. §. 9. *et* §. 11. *D. de Lege Cornel. de falsis.* *L. un Cod. Ne tutor vel curator vectigalia conducat.* (V. 41.) und Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. S. 190. ff.

86) *L.* 10. *pr. D. de pactis.* *L.* 6. *D. de iure fisci.* *L.* 17. *L.* 37. *D. eodem.* *L. un. Cod. Poenis fiscalibus creditores praeferri.* S. *Ios.* Finestres Hermogenianus ad §. 3. L. 46. D. de iure fisci T. II. pag. 1014. sqq.

87) *Primipilares* wurden diejenigen Beamten bey den Römern genannt, welchen mit den Rectoren der Provinzen, als deren Gehülfen, die Beytreibung der Naturallieferungen an Proviant, zum Unterhalt der stehenden Kriegsheere (exactio annonae militaris), von den Land- und Güterbesitzern in den Provinzen, und die Sorge für deren Einlieferung in die dazu errichteten Grenzmagazine (translatio ad horrea publica seu castra limitanea a vicinioribus provincialibus) oblag. Vid. *Tit. Cod. Theod. de errogatione annonae militaris* VII. 4. und *idem Tit. Cod. Iustinian XII.* 38. *L.* 6. *L.* 17. *Cod. Theod. de cohortalib.* (VIII. 41). *Iac.* Gothofredus in Paratitlo ad L. VII. Cod. Theodos. p. 255. sq. und Happel a. a. O. S. 160. Von den Primipilaren nahmen dann die Susceptores den Proviant in Empfang zur Vertheilung

lieferten Proviant etwas veruntreuet hat, und deswegen ein Receß bey ihm entstanden ist. Man glaubt sogar, daß ihm hier ein privilegirtes Pfandrecht zustehe, vermöge dessen er selbst der Frau des Primipilar-Schuldners in Ansehung ihres Heyrathsguts vorgehe [88]). Allein die Gesetze, worauf man sich beruft, beweisen auch diese Meinung nicht. Sie sagen weiter nichts, als daß die Frau eines Primipilars in subsidium für den Receß ihres Mannes mit ihrem Heyrathsgute hafte, wenn zur Tilgung desselben des Mannes Vermögen nicht hinreichend wäre.

Hier ist also von keiner Hypothek des Fiscus noch weniger von einem Privilegium desselben gegen die Gläubiger des Primipilars die Rede. Man wird sich davon selbst überzeugen, wenn man die Gesetze, welche man für jene Meinung anzuführen pflegt, genauer betrachtet. Sie lauten folgendermaßen.

L. 4, *Cod. In quib. caus. pignus.* **Impp. Carus, Carinus, *et* Numerianus AAA.** *Africano.* **Satis notum est, et ratione constitutum, bona earum in dotem data, quae nuptae sunt his, qui primipili sarcinam subeunt, obnoxia necessitati eius teneri: verum certo ordine, ut scilicet tunc demum**

lung, welche durch die Optiones geschahe *L.* 1. *L.* 11. *L.* 24. *C. Th. de erogat. annonae militaris*, und Gothofredus Comm. ad Cod. Theod. Tom. II. c. l. pag. 255. sq.

88) S. Car. Ad. Braun Diss. de debito primipilari. *Erlangae* 1753. §. 8. sqq. Runde de remediis securit. §. 34. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 97. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1211. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 231.

demum ad hoc periculum mulieris patrimonium respiciat, si universis viri ac nominatorum facultatibus exhaustis, nihil residuum inveniatur. Dat. V. Id. Aug. *Caro et Carino* AA. Conss. 283. [89])

L. 3. *Cod. de primipilo.* (XII. 63.) Impp. Dioclet. et Maxim. AA. *Damnae.* Utilitas puplica praeferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit fisco satisfactum esse ob causam Primipilli, poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit.

Soviel ist richtig, daß beyde Gesetze eine merkwürdige Ausnahme von der Regel enthalten, nach welcher sonst eine Frau für die Schulden ihres Ehemanns nicht haften darf, selbst wenn sie sich für ihn verbürgt hat. Dieß sey aber hier, sagt das erste Gesetz, eben so bekannt, als vernünftig. Denn nicht zu gedenken, daß das Primipilat Vortheile gewährte, welche noch nach dem Tode des Primipilars auch dessen Erben zu genießen hatten [90]), und an

89) Fast in allen Ausgaben des Codex, selbst in der des Simon van Leuwen und der neuesten Spangenbergischen Ausgabe ist das falsche Jahr 285. angegeben, da doch der Kaiser Carus schon gegen das Ende des Jahrs 283. starb. Das Consulat des Carus und Carinus fällt auch in das Jahr 283. S. *Pet.* Relandi Fasti Consular. pag. 249. Es kann daher die angeführte Constitution auf keinen Fall erst im Jahr 285. erlassen seyn. In der einzigen Gothofredischen Ausgabe, die zu Frankfurt 1663. edirt ist, habe ich die richtige Jahrzahl 283. gefunden.

90) *L.* 1. *Cod. de primipilo.* Commoda primipilatus post administrationem incipiunt deberi et si is, qui ea percipere

an denen daher auch die Frau Antheil nahm; so konnte auch die Frau, wenn sie wußte, daß sie für die Verschwendungen ihres Ehemanns verantwortlich war, weit eher, als ein Anderer, auf ihn Acht geben. Allein gerade darin, daß die Frau der Kriegscasse für den Receß ihres Mannes haftete, liegt auch ein Beweis, daß der Fiscus keine Hypothek an desselben Vermögen hatte. Denn da man wohl vernünftigerweise glauben kann, daß man eine solche Einnahme keinen Andern, als begüterten Personen, wird anvertraut haben; wie wäre es möglich, daß die Frau noch mit ihrem Vermögen hätte haften dürfen, wenn der Kriegsfiscus eine Hypothek gehabt hätte, welche er gegen den dritten Besitzer der veräusserten Güter hätte geltend machen können? Hierzu kommt, daß selbst diejenigen Magisträte in den Provinzen, welche dergleichen Diener bey der annona militaris angestellt hatten, und welche man *nominatores* nannte, nämlich die Duumviri und Decuriones [91]), für das, was jene dem Fiscus schuldig blieben,

pere debuit, prius rebus humanis eximatur, heredibus petitio salva sit. *L.* 23. *D. de adim. legat.* S. *Guid.* Panciroli Commentar. in Notit. dignitatum utriusq. imperii. Cap. 21. pag. 39. Der Primipilat bahnte auch den Weg zu sehr ansehnlichen Würden; z. B. dem Perfectissimat, Ducena Centena, und Egregiat, wie aus *Cod. Theod. Lib. VIII. Tit.* 4. *Const.* 3. *de Cohortalibus* erhellet. Vid. Gothofredus in Comm. ad h. Const. 3. Ferner derselbe Lib. VI. Tit. 37. de perfectissimatus dignitate, und Lib. VI. Tit. 22. Const. 1. de honorariis Codicillis.

91) *L.* 54. *Cod. Theod. de Decurionib.* und *Iac.* Gothofredi Commentar. Tom. IV. Lib. XII. Tit. 1. in h. L. pag. 419.

ben, haften mußten, wie nicht nur aus dem angeführten ersten Gesetz, sondern auch aus mehreren andern Gesetzen [92]) erhellet. Wozu war es nöthig, den Fiscus auf solche Art gegen allen Schaden zu decken, wenn er schon durch eine noch dazu so privilegirte Hypothek, als man vorgiebt, genug gesichert gewesen wäre? oder wäre es nicht die größte Ungerechtigkeit gegen unschuldige Gläubiger gewesen, wenn diese durch das Verschulden der Nominatoren, welche durch strengere Aufsicht den Schaden von der Casse hätten abwenden können, nun an ihren gerechten Forderungen hätten Einbuße erleiden sollen? Soll aber erst nach den Nominatoren die Frau des Primipilars für den Receß ihres Mannes in subsidium haften, was konnte natürlicher seyn, als die Entscheidung der *L.* 3. *C. de primipilo*, nämlich daß sie auch mit der Hypothek, die sie sich wegen ihres Heyrathsguts an einem Grundstück ihres Ehemannes nach dem Recht des damaligen Zeitalters, nach welchem

92) *L.* 1. *Cod. Theod. XII.* 6. *de Susceptorib.* Si quem susceptorem evertisse constiterit rationem, et ad solvendum non esse idoneum, Creator eius hac necessitate teneatur, ut quid ille dilapidavit, ipse de propriis rebus instauret, compellaturque damnum omne sarcire, quod esset illatum, si in idoneis nominandis competens adhibitum esset examen. — *L.* 2. *Cod. Iust. X.* 70. *eodem* Iuxta inveteratas leges nominatores susceptorum, et eorum, qui ad praeposituram horreorum, et pagorum creantur, obnoxii teneantur, si minus idonei sint, qui ab eisdem fuerint nominati: nec quidquam ex eorum substantia celebrata per interpositam personam emtione, mercentur. Add. *Const.* 17. *lib. X. Tit.* 1. *Cod. Theodos. de iure fisci* et in eandem Commentar. *Iac.* GOTHOFREDI T. III. pag. 424.

chem ihr noch kein gesetzliches Pfandrecht zustand, hatte bestellen lassen, dem Fiscus haftete, da dieser das Heyrathsgut selbst in Anspruch zu nehmen berechtiget war, und es verstand sich dann von selbst, daß sie nur dann erst, wenn der Fiscus wegen des Receßes befriediget war, ihre Rechte wegen des Heyrathsguts geltend machen konnte? Es kann daher auch nichts in der Sache ändern, wenn Justinian nachher den Eheweibern wegen ihres Heyrathsguts ein stillschweigendes mit einem Vorzugsrechte versehenes Pfandrecht an dem Vermögen des Ehemannes gegeben hat; indem sich nicht, wie Voet[93]) nach einer ganz unrichtigen Ansicht der Sache glaubt, mit Grund behaupten läßt, daß hierdurch jene *L.* 4. *Cod. h. t.* sey aufgehoben worden. Es kann demnach aus den römischen Gesetzen ein Pfandrecht des Fiscus weder an dem Vermögen seiner Administratoren überhaupt, noch der Primipilare insbesondere erwiesen werden, wenn ihm auch immerhin die Praxis ein solches einräumt[94]).

Eben so wenig steht dem Fiscus ein Pfandrecht wegen seiner Strafforderungen aus den Verbrechen der Unterthanen zu, er muß vielmehr in Ansehung derselben allen selbst den einfachen chirographarischen Gläubigern nachstehen, wenn deren Forderungen älter sind[95]). Denn das sonst

93) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 22. ihm stimmt jedoch Hellfeld cit. Diss. §. 11. bey.

94) S. Wernher Select. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 418. Berger Elect. Disceptat. for. Tit. XLV. Obs. 1. nr. 4. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCXXVII. med. 1. und Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 96.

95) S. *Iac.* Cujacii Commentar. in Libr. X. Responsor. Papiniani ad L. 37. D. de iure fisci (in Operib. Tom. I. pag.

dem Fiscus vor allen chirographarischen Gläubigern zustehende Vorzugsrecht fällt auch in Ansehung seiner Strafforderungen weg. Folgende Gesetzstellen lassen uns hieran nicht zweifeln.

L. 17. *D. de iure fici.* MODESTINUS *lib.* 2. *de Poenis.* In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi.

L. 37. *D. eodem.* PAPINIANUS *lib. X. Responsorum.* Quod placuit, *fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint:* eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat.

L. un Cod. (X. 7.) *Poenis fiscalibus creditores preferri.* Imp. ALEXANDER A. *Marcello.* Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur. Sicut

pag. 471. *Iac.* LECTIUS ad Modestinum de poenis, ad L. 17. D. de iure fisci (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 141.) *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. Cap. 16. (in *Th. Otton.* Tom. II. pag. 106.) *Franc. de* AMAYA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Lib. X. Tit. 7. pag. 106. sqq. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. ad §. 3. L. 46. D. de iure fisci §. 5 — 7. pag. 1616. sqq. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. pag. 445. POTHIER. Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLIX. Tit. 14. Nr. XXXVII. not. d. p. 566. *Iul.* PACIUS *Εναντιοφανων* s. Legg. conciliatar. Cent. I. Qu. 88. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de hypotheca tacita fisci propter debita ex delicto. *Halae* 1720. rec. 1747. u. Meißner §. 97. nr. III. S. 247. f.

Sicut itaque in sortis quantitatae fisci persecutio potior est: ita in triplo, quod poenae nomine adjectum est, propria forma servanda est. PP. Kalend. Iul. *Iuliano et Crispino* Conss. 224.

Um das letztere Gesetz zu verstehen, muß die *L.* 1. *Cod.* (X. 6.) *de his, qui ex publicis rationibus mutuam pecuniam acceperunt*, zu Hülfe genommen werden, wo die Kaiser Valentinian und Valens Folgendes verordnet haben: Si quis ab exactoribus, tabulariis, et arcariis, officiisque rationum foenebrem pecuniam sumpserit, detectus in eodem, ad quadrupli poenam ex hac auctoritate teneatur [96]). Nach diesem Gesetz [dieß heißt hier auctoritas [97])] soll derjenige, welcher aus dem Kaiserlichen Schatze von denen, welchen derselbe zur Einnahme, Obsorge, und Berechnung [98]) anver-

96) Man vergleiche damit *L.* 1. *Cod. Theod. de his, qui cum dispensatore contraxerunt*, und *Iac.* Gothofredi Comment. in Cod. Theod. Tom. III. Lib. X. Tit. 24. pag. 559. sq.

97) S. *Iac.* Gothofredi Glossar. nomic. Cod. Theod. voc. *Auctoritas.* (*Cod. Theod.* Tom. VI. P. II. pag. 152.)

98) Als solche, denen die Obsorge des kaiserlichen Schatzes anvertraut war, werden in der angeführten *L.* 1. genannt 1) die Exactores, welche die dem kaiserlichen Hause schuldigen Einkünfte von den Schuldnern beytrieben. S. *Iac.* Gothofredi Commentar in Cod. Theod. Lib. XI. Tit. 7. de Exationibus. Tom. IV. pag. 67. sqq. 2) die Tabularii, welche die Controle und Rechnung führten, und die Namen derjenige angaben, die dem Fiscus noch schuldig waren. *L.* 2. *et L. ult. Cod. Th. VIII.* 2. *de Tabulariis. L.* 1. *Cod. Th. XI.* 7. *de Exactionibus.* Gotho-

fredus

anvertrauet ist, Gelder zu seinem Privatgebrauche erborgt, dieselben zur Strafe vierfach ersetzen. Denn solche dem kaiserlichen Hause gehörigen Gelder sollten von den Verwaltern derselben durchaus nicht an Privatpersonen ausgeliehen, sondern blos zum Besten des kaiserlichen Hauses und des Staats verwendet werden. In einer neuern Verordnung der Kaiser Gratian Valentinian und Theodos des Großen wird sogar dem Beamten, welcher aus dem kaiserlichen Aerar Gelder zum Privatgebrauche darleiht, eine Capitalstrafe, dem Entnehmer eines solchen Darlehns aber die Strafe der ewigen Deportation mit der Confiscation seines ganzen Vermögens angedrohet [99]).

Dieß

FREDUS in Comm. ad Cod. Theodos. Lib. VIII. Tit. 2. Const. 1. de Tabulariis. T. II. pag. 488. 3) Die *Arcarii.* Darunter werden hier nicht, wie Cujaz in Comm. ad Lib. X. Tit. 71. de Susceptoribus, praepositis et arcariis, sagt, diejenige verstanden, qui his, quae in arcam Praefecti Praetorio inferuntur, suscipiendis praepositi fuerunt, sondern es waren vielmehr diejenigen Beamten, an welche die dem kaiserlichen Hause schuldigen Einkünfte abgegeben wurden, wie aus *L.* 11. *X.* 1. *Cod. Th. de iure fisci,* und *L.* 14. *XII.* 6. *Cod. Th. de Susceptoribus, praepositis, et arcariis* erhellet. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Paratitl. ad Lib. XII. Tit. 6. Cod. Th. eod. T. IV. pag. 567. und in Comm. ad L. 14. Cod. Th. cit. pag 581. Diese Beamten standen unter dem Comes rei Privatae. Denn unter *Arca* wird hier die kaiserliche Chatoulle verstanden. *L.* 13. *X.* 70. *Cod. de Susceptoribus. L.* 4. *XII.* 50. *Cod. de Numerariis.*

99) *L.* 2. *Cod. de his, qui ex publicis rationibus.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. in Cod. Theod. Lib. X. Tit. 24. ad h. L. Tom. III. pag. 560.

Dieß vorausgeschickt, so hatte sich nun folgender Fall ereignet, welcher in der oben angeführten *L. un.* entschieden wird. Es hatte nämlich Jemand aus der kaiserlichen Casse von einem Beamten derselben wissentlich Geld als ein Anlehn erhalten. Dem Fiskal wurde dieses angezeigt, und dieser klagte also gegen den Schuldner und zwar nicht nur auf die Restitution des Kapitals, sondern auch auf die poena tripli, oder mit einem Wort, er klagte auf vierfachen Ersatz des Kapitals. Nun hatte der Schuldner ausser dem Fiscus noch mehrere Gläubiger; es entstand also die Frage, ob der Fiscus mit seiner Forderung den übrigen Gläubigern vorgehe? Diese wird nun in der *L. un.* so entschieden, daß ein Unterschied gemacht wird zwischen der Kapitalforderung des Fiscus und seiner Strafforderung. In Ansehung der erstern gehe der Fiscus vor. Denn dieß ist eine Forderung aus einem Contract, weßhalb dem Fiscus eine gesetzliche Hypothek zusteht. In Ansehung seiner Strafforderung aber gehe der Fiscus allen Gläubigern seines Schuldners nach. So deutlich uns nun hier die Entscheidung der Gesetze vor Augen liegt, so sind dennoch auch hierin die Rechtsgelehrten nicht einverstanden. Es giebt nämlich viele Rechtsgelehrten [100]), welche der Meinung sind, daß der Fiscus von Zeit der Verurtheilung an auch wegen der Strafgelder ein Pfandrecht erlange, welches ihm zwar gegen die ältern Gläubiger nichts nütze, aber vor allen spätern Gläubigern den Vorzug

100) Peregrinus de iur. et privileg. fisci Lib. VI. Tit. 6. §. 12. et 13. Carpzovius P. I. Const. 28. Def. 104. Hellfeld Diss. cit. de hypotheca fisci §. 9. und Erxleben Principia de iure pignorum et hypothecarum. §. 66.

zug gebe. Denn die Verurtheilung, sagt man, begründe eine obligatio quasi ex contractu; die Strafforderung werde also dadurch in eine Contractschuld verwandelt. Allein die angeführten Gesetze sagen es ja ausdrücklich, daß der Fiscus wegen der ihm gebührenden Geldstrafen die ihm sonst zustehenden Rechte nicht haben, sondern nach gemeinem Recht beurtheilt werden solle, es kann folglich auch die obligatio iudicati, mag sie immerhin einen Quasi-Contract enthalten, doch hier keine andere, als eine persönliche Klage wirken, nicht zu gedenken, daß überhaupt durch die Litiscontestation, worauf sich die actio iudicati gründet, die innere Beschaffenheit der eingeklagten Forderung nicht so, wie durch eine freywillig eingegangene Novation, geändert wird [1]). In der Praxis räumt man daher dem Fiscus auch nicht einmal wegen der Inquisitionskosten eine Hypothek oder irgend ein Vorzugsrecht ein [2]). Eine allgemeine gesetzliche Hypothek wird

II. von vielen [3]) auch den Landstädten an den Gütern ihrer Administratoren eingeräumt. Sieht man blos darauf, was in der Praxis zu geschehen pflegt, so ist die Sache außer Zweifel [4]). Der Gerichtsgebrauch giebt den

F 2 Städten

1) *L.* 29. *D. de novat. et delegat.* S. *Car. God.* Winckler Discrimen inter litis contestationem iure veteri ac hodierno. Sect. II. §. 3. und Meißner §. 97. S. 248. f.

2) S. *Io. Ad. Th.* Kind Quaestion. forens. Tom. II. Cap. 10.

3) Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 25. Bachov Tr. de pignorib. Lib. I. Cap. 9. nr. 3. *Io. de* Back Diss. ad L. 1. ω. h. t. Cap. II. in *Ger.* Oelrichs Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. I. T. III. p. 71.

4) Carpzov P. I. Const. 28. Def. 115. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 87. *a* Sande Decis. Lib. III. Tit. 12. Def.

Städten sogar wegen der ihnen gebührenden Abgaben an dem Vermögen der Bürger, die solche noch schuldig sind, ein Pfandrecht nach dem Beispiele des Fiscus [5]). Allein in der Theorie ist weder das eine noch das andere Pfandrecht gegründet [6]). Marcian sagt ausdrücklich *L.* 10. *D. ad municipalem:* **Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a Principe datum sit** [7]). Ja in einem Rescript des

Def. 1. §. Haec quamvis. p. 239. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. CCXXVII. medit. 1. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bem. 53. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 118. S. 502.

5) Struben rechtliche Bedenken. Th. 4. Bed. 165.

6) S. *Iac.* Cujacius Observat. Lib. II. c. 24. *Franc.* Connanus Commentar. iur. civ. Lib. IV. Cap. 16. pag. 305. sq. *Franc.* Balduinus de pignorib. Cap. VII. §. Porro pag. 35. sqq. *Ant.* Merenda Controv. iuris Lib. VI. Cap. 36. *Io. a.* Sande Decision. aurear. Lib. III. Tit. 12. Definit. 1. Schaaf Diss. de iure fisci ad civitates mediatas s. municipales non pertinente. Sect. II. §. 18. Meißner vom stillschweigenden Pfandrechte §. 190. Müller Observat. pract. ad Leyserum T. II. Fasc. II. Obs. 464. und Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1179.

6) Eine Stadt konnte zuweilen auch nach ihren eigenen Gesetzen ein Pfandrecht haben, wovon Papinian *L.* 37. *D. de reb. auct. iud. possid.* ein Beyspiel giebt. Antiochensium Coele-Syriae civitati, quod Lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit, ius persequendi pignoris durare constitit. Dieses Privilegium hatte die Stadt Antiochien nicht durch die Gnade des Kaisers erhalten, wie daher der Kaiser Severus, aufgebracht gegen diese Stadt, weil sie nach der Erzählung des Spartianus in *vita Severi*

des Kaisers Antoninus Caracalla wird den Städten ein stillschweigendes Pfandrecht geradezu abgesprochen. Es ist *L. 2. XI. 29. Cod. de iure reipublicae*, wo es heißt: An respublica, in cuius locum successistis, ideo, quia satisfecisse debito Vos proponitis, ius pignoris in eo fundo habeat, apud suum iudicem quaeritur: Si enim neque beneficio sibi concesso id ius nacta est, neque specialiter in obligatione pignoris sibi prospexit: causa eius non separatur a caeteris creditoribus, qui habent personalem actionem. Hierzu kommt nun noch der allgemeine Ausspruch des Cajus *L. 16. D. de Verbor. Signif.* Civitates privatorum loco habentur, nam publica appellatio in compluribus causis ad Populum Romanum respicit. Die Gründe, welche man dagegen für die Städte anzuführen pflegt, überwiegen jene Beweise nicht. Denn die *L. 3. Cod. de iure Reipublicae*, wo Kaiser Severus rescribirt, Rempublicam, ut pupillam, extra ordinem juvari, moris est, geht nur auf die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht auf die gesetzliche Hypothek, welche den Unmündigen an dem Vermögen ihrer Vormünder zusteht. Eine Ausdehnung, oder ein

Severi cap. 9. seinem Gegner, dem Pescennius Niger, gegen ihn Hülfe geleistet hatte, derselben alle ihr von den Kaisern verliehenen Rechte und Privilegien entzogen hatte, so glaubte Papinian doch, daß ihr das Privilegium der stillschweigenden Hypothek nicht abgesprochen werden könne, weil es in dem eigenem Rechte der Stadt, und nicht in einem kaiserlichen Privilegium gegründet war. S. Cujacius Com. in libr. X. Responsor. Papiniani ad h. L. *Oper. postum.* Tom. I. pag. 470.

ein Schluß von dem Einem auf das Andere findet aber nach der Regel des Paulus *L.* 162. *D. de div. reg. iuris:* **Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi**, nicht wohl statt. In der *L. ult. XI.* 35. *Cod. Quo quisque ordine conveniatur* scheinen zwar die Worte: *vel rerum eius possessores prius ob personam eius congredi:* auf ein Pfandrecht hinzudeuten; da aber ein stillschweigendes Pfandrecht eine Wohlthat der Gesetze ist, welche im Zweifel nicht vermuthet wird; so ist das Gesetz eher von einer beym Antritt des Amts bestellten, als von einer gesetzlichen Hypothek zu erklären. Man wendet zwar ein, daß die Administratoren der städtischen Güter gleichsam wie Vormünder zu betrachten, also müßten auch den Städten gleiche Rechte, wie den Unmündigen, gegen sie zustehen. Allein der Schluß ist falsch. Administratoren haben zwar die Verbindlichkeiten der Vormünder, sie müssen, wie diese, eidlich verpflichtet werden, ein Inventarium errichten, alle Jahre Rechnung ablegen; allein daß auch ihr Vermögen der Stadt verpfändet sey, wenn gleich keine Hypothek bestellet worden, sagt kein Gesetz. Nur das besondere Recht hat Kaiser Constantin der Große den Städten *L.* 2. *XI.* 32. *Cod. de debitoribus civitatum* ertheilt, daß wenn Jemand aus der Stadtcasse ein Geldanlehn von dem Verwalter derselben, welcher bey den Römern *Curator Kalendarii* genannt wurde [8]), aufgenommen hat, und sein Vermögen zu dessen Bezahlung nachher nicht zureicht,

8) S. *Lib. XII. Tit.* 11. *Cod. Theod. de Curatoribus Kalendarii et fideiussoribus eorum* und *Iac.* Gothofredi Comm. ad h. Tit. Tom. IV. pag. 608. sq.

reicht, diejenigen, an welche der Schuldner etwas von dem Vermögen, welches er zur Zeit der contrahirten Schuld besaß, verschenkt oder veräußert, oder auf andere Art gebracht hat, nach dem Verhältniß dessen, was sie davon besitzen, sollen belangt werden können, so daß der Besitzer von der Schuld soviel bezahlen muß, als die Sachen, welche er von dem Schuldner an sich gebracht hat, im Verhältniß zu dem ganzen Vermögen betragen, welches der Schuldner zu der Zeit besaß, da er das Geld von der Stadt erborgte; und es soll ihnen dann blos der Regreß gegen den Schuldner übrig bleiben, so weit sie für ihn haben zahlen müssen. Die Worte dieser merkwürdigen Verordnung [9]) lauten so: Apud eos, quos superstites integris facultatibus esse pervideris, vel quorum heredes incolumia retinent patrimonia, sortes Reipublicae [10]) perseverare debebunt: ita tamen, ut annuas usuras suis quibusque temporibus exsolvant, cum simul et Reipublicae utile sit retinere idoneos debitores, et ipsis commodum, cumulum debiti minime nutriri. Et quia nefas est, obnoxiis cor-

9) Diese Constitution steht im Theodosianischen Codex *L.* 1. *XII.* 11. *de Curatoribus Kalendarii*, und ist an den *Locrius Verinus* gerichtet, welcher damals, nämlich im Jahr 514, da diese Verordnung gegeben worden ist, Rector von irgend einer Provinz gewesen seyn muß; in den spätern Verordnungen, die an ihn gerichtet sind, heißt er Vicarius Africae, wie *Iac.* Gothofredus ad h. L. bemerkt.

10) In dem Theodosianischen Codex steht sortes Kalendarii. *Kalendarium* heißt aber soviel als Ratiocinium pecuniarum civitatis foenori locatarum, wie es *Iac.* Gothofredus ad h. L. richtig erklärt hat.

corporibus alienatis, circumscribi civitates: placuit, si quis debitor Reipublicae civitatis quippiam, ex eo patrimonio, quod habuit, cum pecuniam Reipublicae sumeret, donaverit, vel distraxerit, vel qualibet in alium ratione contulerit: qualitate rei alienatae perspecta, atque omnibus debitoris facultatibus consideratis, quas habuit, cum ei pecunia crederetur, pro rata ab eo, qui ex debitoris facultatibus aliquid detinet, ex sorte atque usuris postulari. Itaque quoties minus idoneum deprehenditur eius patrimonium, cuius nomen civitati alicui invenitur obnoxium, Iudex omni diligentia et sollicitudine debebit inquirere, ad quos ex qualibet conditione transierint debitoris facultates: ut singuli aequa aestimatione habita, pro rata rerum, quas possident conveniantur: personalem actionem contra eum habituri debitorem, qui ipsis solventibus liberatur. Die Ausleger sind zwar nicht einig, wofür dieses Vorrecht zu halten sey, indem es einige[11]) für eine Art von Pfandrecht halten wollen, andere[12]) aber dieses darum bezweifeln, weil von dem dritten Besitzer die Abtretung des Besitzes nicht verlangt werden könne, das Gesetz auch von keiner Hypothek spreche, noch solche

11) *Iac.* Gothofredus in Comm. ad L. 1. Cod. Theodos. de curatoribus Kalendarii Tom. IV. pag. 610. *Franc.* Balduinus de pignorib. Cap. VII. §. Porro Martianus. pag. 36. Westphal Pfandrecht §. 74. Not. 97. S. 133.

12) *Fr.* Connanus Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 16. fol. 304 b. *Iac.* Cujacius Commentar. ad L. 2. Cod. de debitoribus civitatum; und Meißner von stillschw. Pfandrecht §. 190.

che aus den Worten: *obnoxiis corporibus alienatis* gefolgert werden könne, indem man, auch ohne eine Hypothek anzunehmen, immer sagen könne, das Vermögen des Schuldners hafte dem Gläubiger insofern, als es der Gegenstand der Execution ist, woraus der Gläubiger seine Bezahlung erhalten muß, endlich auch das Pfandrecht untheilbar sey, dahingegen nach diesem Gesetz der Besitzer nur pro rata belangt werden könne, welches also nicht mittelst der hypothekarischen Klage, sondern einer condictio ex Lege geschehe. Allein alles dessen ungeachtet, ist es doch weit natürlicher, eine Hypothek anzunehmen, als gegen den dritten Besitzer eine Condictio ex Lege zu statuiren. Der Zweifel ist auch wirklich leicht zu heben. Denn wer kann denn wohl vernünftigerweise daran zweifeln, daß die Besitzer wenn sie die Zahlung verweigern, nach dem Verhältniß des Antheils, den sie an der Schuld bezahlen müssen, zur Abtretung der an sich gebrachten Sachen des Schuldners genöthiget werden können? dieß entspricht wenigstens dem Geist einer Klage, die gegen den dritten Besitzer gestattet wird, und das Gesetz sagt auch nicht das Gegentheil. Es ist auch gewiß in der Verbindung, in welcher hier das Wort *obnoxium* mit den corporibus, das heißt, rebus alienatis steht, dem Sprachgebrauche weit angemessener, darunter eine mehr hypothekarische, als blos persönliche Verpflichtung zu verstehen [13]). Und daß das Pfandrecht zuweilen auch theilbar seyn könne, ist schon an einem andern Orte [14]) bemerkt worden. Den-

13) Man sehe z. B. *L.* 1. *Cod. VIII.* 9. *de precario*, und Brissonius de Verb. Signif. v. *Obnoxius*.

14) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1076. S. 174.

Dennoch bleibt es immer eine singuläre Verordnung, welche sich daher, wie auch Balduin bemerkt hat, auf andere Fälle, als wovon sie spricht, nicht anwenden läßt. Vorzüglich merkwürdig sind ferner

III. die stillschweigenden Hypotheken, welche Kr. Justinian wegen des Heyrathsguts eingeführt hat. Hierher gehört

1) das gesetzliche Pfandrecht, welches dem Ehemanne an dem Vermögen desjenigen zusteht, der ihm ein Heyrathsgut zu bestellen versprochen hat, es sey die Frau selbst, oder der Vater derselben, oder ein Dritter. Ehemals pflegte sich der Ehemann deswegen das Vermögen desjenigen zum Unterpfande einsetzen zu lassen, welcher ihm ein Heirathsgut versprochen hatte. Denn ihm war an dieser Sicherheit schon darum besonders gelegen, weil die Bestellung eines Heyrathsguts in dem Ehevertrage der vollgültigste Beweis einer gesetzmäßig geschlossenen Ehe war [15]. Da nun aber zuweilen die Bestellung einer Hypothek zur Sicherheit des versprochenen Heyrathsguts aus Unwissenheit unterblieb, und hierdurch der Ehemann in nicht geringe Verlegenheit gerieth, wenn der Promittent unterdessen insolvent geworden, oder auch das gegebene Heyrathsgut dem Ehemann entwähret worden war; so verordnete Justinian in der *L. un. V.* 13. *Cod. de rei uxoriae actione*, daß sich die Hypothek nicht nur in den wegen der Bestellung eines Heyrathsguts schriftlich errichteten Verträgen immer von selbst verstehen, sondern auch dann als geschehen angenommen werden solle, wenn das Heyraths-

15) S. Heineccius in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 13. pag. 256.

rathsgut ohne einen schriftlichen Vertrag versprochen worden wäre. Die Worte dieser Constitution lauten §. 1. folgendermaßen. Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis iuris articulis, tacitas hypothecas inesse accipimus: ita et in huiusmodi actione (sc. *ex stipulatu*) damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive *ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus evictis: sive ipsae principales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliae pro his personae:* et dos sive adventitia, sive profectitia sit, secundum veteris iuris nominationem. Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis poterit afferre praeiudicii: cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam. Sicut enim et stipulationes, et hypothecae inesse dotibus intelliguntur, et inutiles stipulationes emendantur: sic et in posterum causa invenietur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis veris confectis. Dieses Pfandrecht setzt also 1) das Versprechen eines Heyrathsguts voraus. Denn es gründet sich auf die Vermuthung, daß diejenigen, welche eine Verabredung wegen des Brautschatzes treffen, dieses anders nicht, als durch eine gültige, und mit einem Pfandrechte versicherte Stipulation gethan haben wollen [16]). Diese Vermuthung findet aber bey demjenigen nicht Statt, welcher,

16) Meißner Darstellung der Lehre vom stillschw. Pfandrechte §. 145.

welcher, ohne ein Versprechen, vermöge gesetzlicher Nothwendigkeit zur Bestellung eines Heyrathsguts verbunden ist [17]). Tritt hier auf vorgängiges Anrufen das Richteramt ein, und es sind Zwangsmittel zu gebrauchen, so kann zwar wohl ein richterliches, aber kein stillschweigendes Pfandrecht entstehen. 2) Dieses gesetzliche Pfandrecht findet sowohl wegen der Prästation des versprochenen Heyrathsguts und der davon schuldigen Zinsen, als wegen des zu leistenden Interesse in dem Falle statt, wenn das zuvor versprochene Heyrathsgut zwar gegeben, aber durch einen Dritten evincirt worden ist, oder das entwährte Heyrathsgut zwar ohne vorhergegangenes Versprechen gegeben, aber dem Ehemann verkaufsweise angeschlagen worden war [18]). 3) Es nimmt, a) wenn das Heyrathsgut vor eingegangener Ehe versprochen worden, erst von Zeit der vollzogenen ehelichen Verbindung [19]), b) wenn das Versprechen aber erst nachher geschehen ist, von Zeit des geschehenen Versprechens, und, c) im Fall das ohne Versprechen gegebene Heyrathsgut evincirt worden ist, von Zeit der Uebergabe seinen Anfang [20]). Die Hypothek ist jedoch ohne Wirkung, wenn das Versprechen des Heyrathsguts von einem concursmäßigen Schuldner zum Nach-

17) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1180. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 242. Meißner a. a. O. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 117.

18) Lauterbach c. l. von Gmelin a. a. O. S. 493.

19) Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. nr. VIII. Meißner §. 146.

20) S. von Gmelin a. a. O. S. 493.

Nachtheil seiner Gläubiger geschahe [21]). Eine allgemeine gesetzliche Hypothek hat auch Justinian

2) der Ehefrau wegen des eingebrachten Heyrathsguts, so wie auch wegen der während der Ehe erfolgten Vermehrung desselben, nicht minder wegen der vor Vollziehung und nach der Trennung der Ehe erhobenen Nutzung des Brautschatzes an dem Vermögen des Ehemannes gegeben [22]). Vor Justinian stand den Eheweibern wegen ihres Heyrathsguts nur ein persönliches Privilegium zu, an welchem auch die Braut Antheil nahm, wenn sie die dos noch vor der Ehe gegeben hatte, und diese nachher nicht vollzogen wurde. Dieses Privilegium gab ihnen aber nur einen Vorzug vor andern nicht eben so privilegirten chirographarischen Gläubigern, und gieng auch nicht auf die Erben über. Es war also nur ein privilegium personae. Dieses persönliche Vorrecht kommt zuerst in einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus vom Jahr Christi 209. [23]) vor, welches in der *L. un. VII.* 74. *Cod. de privilegio dotis* so lautet: Scire debes,

21) Mevius P. V. Decis. 377. und *Frid. Adolph* Weber Commentat. de dote a creditoribus impugnanda, praesertim constitutione eius vel agnitione in fraudem illorum facta. *Rostochii* 1812. §. 13.

22) Meißner §. 162. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1181.

23) Das Jahr 210., welches in unserm Copus iuris Rom. steht, ist unrichtig. Denn das Consulat des Pompejanus und Avitus fällt in das Jahr 209. S. *Petri* Relandi Fasti Consulares pag. 114. In der Spangenbergischen Ausgabe ist dieses auch in der Note zur L. un. cit. bemerkt.

bes, *privilegium dotis*, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire. Allein der Inhalt des Gesetzes giebt zu erkennen, daß es älter seyn müsse. Es ist wahrscheinlich durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden [24]). Denn das Heyrathsgut wurde von jeher sehr begünstiget. Dotium causa semper et ubique praecipua est, sagt Pomponius *L.* 1. *XXIV.* 3. *D. Soluto matrimonio dos quem petat.* Nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. Daß auch der Braut, wenn sie bey nicht erfolgter Ehe den vorausgegebenen Brautschatz zurückforderte, dasselbige Privilegium zustand, lehren folgende Gesetzstellen.

L. 74. *XXIII.* 3. *D. de iure dotium.* Hermogenianus *libro V. Iuris epitomarum.* Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis, ut uxor habeatur: *exemplo dotis*, condictioni [25]), favoris ratione, *privilegium*, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.

L. 17. §. 1. *XLII.* 5. *D. de rebus auctoritate iudicis possidendis.* Ulpianus *Lib. LXIII. ad Edictum*

24) S. Meißner §. 150. Man sehe auch Schnorr Histor. iur. civ. de pignoribus tacite contractis §. 19.

25) Die actio de dote konnte hier nicht statt finden. Denn diese setzte eine gesetzmäßig vollzogene Ehe voraus. Es war also die Condictio causa data causa non secuta. *L.* 7. *pr. et* §. 1. *L.* 8 *L.* 9. *et* 10. *XII.* 4. *D. de condict. causa data.* Das Heyrathsgut wird auch hier nur eine *quasi dos* genennt.

ctum. Si Sponsa dedit dotem, et nuptiis renunciatum est: tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est, hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est.

Es scheint dieses Recht durch die Auctorität der Röm. Rechtsgelehrten eingeführt worden zu seyn, wie das Wort *placuit* nicht undeutlich anzeigt [26]). Gewöhnlich ließen sich jedoch die Eheweiber zur Sicherheit ihres Heyrathsguts in den Eheverträgen eine Hypothek bestellen, wovon mehrere Beyspiele in den Gesetzen [27]) vorkommen. Zuweilen nahmen sie auch Bürgen an. Dieß untersagten ihnen aber zuerst die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos *L.* 1. *Cod. V.* 20. *Ne fideiussores dotium dentur;* und nachher nochmals Justinian *L.* 2. *Cod. eodem.* Dafür gab ihnen aber Kaiser Justinian in demselben Jahre 530. durch die *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae actione* nicht nur ein allgemeines stillschweigendes Pfandrecht an dem Vermögen des Ehemannes, sondern legte diesem Pfandrechte auch noch in der *L.* 12. *Cod. Qui potiores in pignore* vom Jahre 531. ein besonders Vorzugsrecht bey [28]). Die Worte dieser

26) S. *Ios.* Finestres Commentar. in Hermogeniani iuris epitomar. Libros VI. ad L. 74. D. de iure dot. §. 5. pag. 812.

27) *L.* 7. §. 6. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 10. *Cod. Qui portiores in pignore.* Runde Comment. de hist. indole ac vi remedior. secur. §. 37.

28) S. *Iac.* Cujacii Recitat. solemnes in Cod. ad h. L. Ueber die Geschichte dieser Lehre vergleiche man ausser Meißner §. 151. Karl Alb. von Kampt Versuch einer Revision

dieser letztern Constitution lauten so: Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaquae ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus: si hypothecam respiciebant, illico iustitiae vigorem relaxabant, et senioribus hypothecis novas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod, et corpore et substantia, et omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio. §. 1. Ad haec omnia respicientes et reminiscentes, quod et alias duas Constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, et haec omnia in unum colligentes, sancimus, *ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cui*

que

sion der Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berlin 1811. 8. 1. Kap. §. 1—3.

cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali privilegio utebatur res uxoria: quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent: sed quocunque modo vel dissipatae, vel consumtae sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae? Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia. Beyder Constitutionen gedenkt auch Justinian in den Institutionen, wenn er §. 29. *Lib. IV. Tit.* 6. *de Actionibus* sagt: Fuerat antea et rei uxoriae actio una ex bonae fidei iudiciis. Sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus, in actionem ex stipulatu, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus: merito, rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu actio, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. *Sed et tacitam ei dedimus hypothecam.* Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur: cuius solius providentia hoc induximus.

Es entsteht hierbey 1) die Frage, ob auch der Braut wegen des ihrem Bräutigam vorausbezahlten Heyraths-

Bayerische Staatsbibliothek München

guts ein gleiches dingliches Sicherheitsrecht an dem Vermögen ihres Bräutigams zustehe? Viele Rechtsgelehrten [29]) tragen kein Bedenken, ihr dasselbe stillschweigende Pfandrecht einzuräumen, und es läßt sich nicht läugnen, daß diese Meinung gewiß nicht unerhebliche Gründe für sich hat. Denn Erstens hat Justinian nicht gerade den Ehefrauen, sondern dem Heyrathsgute, als solchem, das stillschweigende Pfandrecht beygelegt, damit die Restitution desselben gesichert sey. So heißt es wenigstens in der *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae act.* Et ut plenius *dotibus* subveniatur, — in huiusmodi actioni damus — *hypothecam* — *pro restitutione dotis*. Er unterscheidet also nicht, ob von der Restitution des Heyrathsgnts die Rede ist, weil die Ehe getrennt, oder weil sie nicht vollzogen worden ist. Eben so sagt Justinian in der *Nov. XCVII.* cap. 4. *Dotibus* enim privilegium dedimus, ut antiquioribus hypothecis potiora iura habeant. So wie sich nun bey jeder Bestellung

29) *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. VI. cap. 33. *Reinh.* Bachovius Tr. de pignorib. Lib. IV. cap. 13. nr. 4. *Io.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. *Ios.* Finestres et *de* Monsalvo in Hermogeniani ICti iuris Epitomar. Libros VI. Commentar. ad L. 74. D. de iure dot. §. 8. p. 813. *Paul. Iac.* Feuerlein Comm. de privilegio dotis sponsae competente. *Helmst.* 1772. *Car. Frid.* Walch Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 3. pag. 55. edit. *Car. Ern.* Schmid. Westphal im Pfandrecht §. 84. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 243. Müller ad Struvium P. II. Exerc. XXVI. Th. 14. not. ζ. u. a. m.

Bayerische Staatsbibliothek München

lung eines Heyrathsguts die Hypothek von selbst verstehen soll, so soll auch immer eine stipulatio de dote restituenda stillschweigend angenommen werden. *Stipulationes enim et hypothecae inesse dotibus intelliguntur*, heißt es in der angeführten Constitution. Es muß also auch der Braut, wenn sie bey nicht erfolgter Ehe das vorausgegebene Heyrathsgut zurückfordert, statt der ehemaligen Condiction, nun die actio ex stipulatu zustehen. Denn Justinian sagt *Princip. cit. L. un. Cod. de R. U. A.* Rei uxoriae itaque actione sublata, sancimus, *omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi*, sive scripta fuerit stipulatio sive non: *ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta.* Nun hat Justinian mit der actio ex stipulatu die stillschweigende Hypothek verbunden. Sed et tacitam ei (sc. *ex stipulatu actioni*) *dedimus hypothecam*, sagt er §. 29. *I. de actionibus.* Kommt also der Braut die actio ex stipulatu pro dote repetenda zu, so kann ihr auch die damit verbundene stillschweigende Hypothek nicht abgestritten werden. Man wendet zwar ein, eine dos könne, nach dem Ausspruche Ulpians *L.* 3. *D. de iure dot.*, sine matrimonio nicht bestehen, ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. Allein der Einwand ist nur scheinbar. Er hebt sich, wenn man erwägt, daß die Gesetze dasjenige, was eine Braut der künftigen Ehe wegen dem Bräutigam vorausgegeben hat, nicht nur ausdrücklich dos nennen, sondern auch als einen wahren Brautschatz ansehen und behandeln, und zwar aus dem Grunde, weil es billig sey. Dieß beweißt die *L.* 17. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possidendis*, wo Ulpian sagt: Si sponsa dedit *dotem*, et nuptiis renunciatum est,

 nup-

nuptiis renunciatum est, tametsi ipsa *dotem* condicit, tamen *aequum est, hanc ad privilegium admitti.* Und die Kaiser Leo und Anthemius bestätigen in der *L.* 5. (VI. 61.) *Cod. de bonis, quae liberis* aus gleichem Grunde der Billigkeit die Meinung des Julianus, qui quidem *de dotali praedio* tractatu proposito *idem ius tam de uxore, quam de sponsa observari* arbitratus est: *licet lex Iulia de uxore tantum loquatur.* Man wird sich aber noch mehr überzeugen, wenn man bedenkt, daß die Gesetze das Heyrathsgut überhaupt nicht blos um der Eheweiber willen, sondern auch vorzüglich zum Besten des Staats begünstigen, weil diesem daran gelegen ist, daß das Heyrathsgut erhalten werde, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium, wie Pomponius sagt *L.* 1. *D. Soluto matrimonio*, mit dem auch Paulus *L.* 2. *D. de iure dotium* übereinstimmt [30]. Dieser Grund findet nun aber auch bey einer Braut statt, licet nondum uxor sit. Denn es ist dem Staate nicht weniger daran gelegen, daß auch der Braut ihr Heyrathsgut erhalten werde, wie derselbe Paulus *L.* 18. *D. de rebus auct. iudicis possid.* lehrt, wenn gleich die Ehe, um deren Willen das Heyrathsgut gegeben worden, nicht erfolgt ist, um eine andere Ehe schließen zu können. Ist nun, wie Ulpian *L.* 19. *D. eodem.* sagt, aus diesem Grunde der Frau das privilegium dotis gegeben, so muß auch das der Ehefrau nachher aus gleichem Grunde ertheilte dingliche Sicherheitsrecht nun eben so gut der Braut zustehen, wenn gleich derselben

30) S. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. III. cap. 8.

selben in dem Gesetz nicht namentlich gedacht worden ist. Denn wollte man es der Braut absprechen, weil keine Ehe erfolgt ist, so müßte man es auch der Ehefrau versagen, wenn keine Kinder in der Ehe erzeugt worden sind? Daß aber auch eine solche Ausdehnung der Absicht der Gesetze nicht zuwider sey, erhellet daraus, weil das privilegium exigendi, welches anfangs nur den Ehefrauen, wenn sie mit chirographischen Gläubigern concurrirten, wegen der Restitution des Brautschatzes zustand, auch bloß durch billige Interpretation der Rechtsgelehrten auf die Braut ist ausgedehnt worden, wie die oben angeführte *L.* 74. *D. de iure dotium* unwidersprechlich beweißt. Ja Justinian geht uns selbst hierin mit gutem Beyspiele vor, wenn er in der *L. ult. Cod. Qui potiores in pignore* von dem alten privilegio dotis personali auf das privilegium hypothecae argumentirt, und die Inconsequenz der alten Gesetzgebung tadelt, daß sie der actio personalis de dote ein Privilegium beygelegt habe, ohne die Hypothek, welche sich vor Justinian die Eheweiber wegen ihres Heyrathsguts bestellen ließen, mit einem gleichen Privilegium zu versehen. Dieß sind die allerdings nicht unbedeutenden Gründe, welche für die dinglichen Sicherheits-Rechte des Heyrathsguts einer Braut an dem Vermögen ihres Bräutigams sprechen. Dennoch versagen ihr diese Rechte fast die meisten Rechtsgelehrten [31]), und ich kann nicht läug-

31) *Henr.* Zoesius Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 4. nr. 19. *Hartm.* Pistoris Observat. CX. nr. 7. sqq. Lauterbach Colleg. theo. pract. Pand. h. t. §. 25. Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 4. Vanderanus de privilegiis creditorum Cap. IV. nr. 11. sqq. (in *Thes. Meerman.*

läugnen, daß die Gründe, welche für diese entgegengesetzte Meinung streiten, mir jene zu überwiegen scheinen. Denn so ist Erstens der Grund noch bis jetzt nicht widerlegt, daß Justinian in allen den Verordnungen, worin er von der dem Brautschatz beygelegten Hypothek spricht, der Braut mit keinem Worte gedenkt, sondern überall nur der Ehefrau unter dem Ausdruck mulier im Gegensatz von maritus Erwähnung thut. Wer sollte also wohl glauben, daß Justinian, welcher in der *Nov. CVII. Cap.* 1. sagt, Klarheit sey die erste Forderung an eine vollkommene Gesetzgebung, die Braut so ganz mit Stillschweigen übergangen haben würde, wenn er gewollt hätte, daß ihr eben die Rechte, welche er der Ehefrau wegen ihres Heyrathsguts ertheilt hat, zustehen sollte, da ihm ja wohl aus seinen eignen Pandecten nicht unbekannt seyn konnte, daß ihr nach dem ältern Rechte das privilegium dotis so gut, als der Ehefrau, und zwar der Billigkeit wegen eingeräumt war? Es dürfte aber auch zweytens eine zu kühne

man. Tom. II. pag. 688.) Erxleben Princip. de iure pignor. §. 71. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1181. Runde Commentat. de historia, indole ac vi remedior. securitatis. §. 41. pag. 50. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 100. S. 345. f. u. §. 133. S. 571. (Stuttg. u. Tübingen 1813) Malblanc Princip. iur. Rom. T. II. P. II. §. 574. Meißner §. 156. Thibaut System. des Pand. Rechts 2. B. §. 643. *Christ.* Gmelin Diss. de iure dotis in concursu creditorum. *Tüb.* 1789. §. 3. Not. n. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. 3. Medit. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. Band. §. 960. Not. 1. u. Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 18. S. 110.

ne Interpretation seyn, diese Verordnungen des Kaisers Justinian gerade zu auf die Braut zu erstrecken. Folgende Gründe scheinen mir wenigstens eine solche Ausdehnung nicht zu erlauben. Aus der *L. un. pr. Cod. de rei uxoriae actione* erhellet, daß Justinian die rei uxoriae actio, mit welcher sonst eine Ehefrau nach getrennter Ehe das Heyrathsgut zurückforderte, aufgehoben, und die actio ex stipulatu an deren Stelle gesetzt habe. Diese actio ex stipulatu ist es nun, mit welcher Justinian die stillschweigende Hypothek vereinigt hat, und mit welcher also die hypothekarische Klage concurrirt. In wiefern daher wegen der Zurückforderung des Heyrathsguts ex stipulatu geklagt werden kann, in so fern kann auch die hypothekarische Klage angestellt werden. Die Worte der *L. un.* §. 1. *C. de rei ux. act.* in huiusmodi actione, damus hypothecam, und die der *L. ult. Cod. Qui potior. in pign.* cuique, sc. ex stipulatu actioni, etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, lassen uns hieran nicht zweifeln. Es kommt also darauf an, ob diese Klage auch von einer Braut wegen ihres voraus bezahlten Heyrathsguts angestellt werden könne, wenn sie wegen nicht erfolgter Ehe das Heyrathsgut zurückfordert? Und hieran glaube ich mit Grund zweifeln zu können. Denn die actio rei uxoriae, an deren Stelle die actio ex stipulatu getreten ist, stand nie einer Braut, sondern nur einer Ehefrau zu. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen §. 29. *de Actionibus* belehrt uns über diese Klage auf folgende Art: Κάι ἡ rei uxoriae *πάλαι. ἥρμοζε δὲ ἄυτη μετὰ διάλυσιν τῦο γάμου τῆ γυναικὶ κατὰ τοῦ οἰκείου ἀνδρὸς, ἐπὶ ἀναλήψει τῶν προικιμαίων πραγμάτον*: i. e. Et olim *rei uxo-*

uxoriae actio: haec autem competebat post matrimonii dissolutionem mulieri adversus maritum suum ad rerum dotalium receptionem. Die Braut konnte sich nur der condictio causa data causa non secuta bedienen [32]), mit welcher zwar, nach dem Beyspiele der actio de dote, ein privilegium, quod inter personales actiones vertitur, wie Hermogenian *L.* 74. *D. de iure dot.* sagt, verbunden war, der aber keine gesetzliche Hypothek ist beygelegt worden. Daher spricht nun auch Justinian ausdrücklich nur von Eheweibern, wenn er in der *L. ult.* §. 1. *Cod. Qui potiores in pignore* sagt: Sancimus, *ex stipulatu actionem,* quam *mulieribus* iam pro dote instituenda, oder wie Holoander lieset, restituenda dedimus, *cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam,* potiora iura *contra omnes* habere *mariti creditores*, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Wenn also in der oben angeführten *L. un. pr. Cod. de rei uxoriae act.* gesagt wird: Rei uxoriae actione sublata, sancimus, *omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi*, so lehrt der ganze Zusammenhang, daß dieses nicht auf eine solche dos gehen könne, welche die Braut dem Bräutigam vorausgegeben hat, sondern welche ehemals mit der rei uxoriae actione nach getrennter Ehe zurückgefordert wurde, und hier soll denn kein Unterschied seyn, sie sey adventitia oder profectitia, wie dieses in dem §. 1. *L. cit.* noch näher bestimmt worden ist, und so erklären sich dann die Worte omnes dotes. Kann sich

32) *L.* 7. *pr. et* §. 1. *L.* 8. *L.* 9. *et* 10. *D. de condict. causa dat. caus. non. secuta.*

sich also die Braut nur einer Condictio ob causam datorum bedienen, so kann sie zwar bey der Zurückforderung ihres vorausgegebenen Heyrathsguts das dieser Klage beygelegte privilegium dotis personale ansprechen; allein eine stillschweigende Hypothek kann ihr deshalb nicht eingeräumt werden, weil diese blos der an die Stelle der aufgehobenen actio rei uxoriae getretenen actio ex stipulatu beygelegt ist. Man sieht also aus dem allen, daß man die von einer Braut vorausgegebene dos nicht als eine wahre dos behandelt habe, insofern die Ehe nicht erfolgt ist, und daß es daher in dieser Hinsicht immer wahr bleibt, was Ulpian sagt *L.* 3. *D. de iure dot.* dos sine matrimonio esse non potest. Daß aber Justinian der Braut wirklich nicht ein gleiches dingliches Sicherheitsrecht habe ertheilen wollen, ergiebt sich noch weiter aus so manchen Aeusserungen desselben, welche schlechterdings nur auf Eheweiber passen. Z. B. wenn er *L. ult. Cod. Qui potiores in pignore* sagt *pr.* nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, *nec quod et corpore*, *et substantia et omni vita sua maritus fungitur.* Ferner §. 1. Cum enim in personalibus actionibus tali privilegio utebatur res uxoria[33]): quapropter non in hypo-

33) ***Res uxoria*** ist nichts anders, als dos Mulieribus enim, sagt Justinian ***L.*** 12. ***pr. Cod. cit.*** tota pene substantia in dote constituta est. Unrichtg erklärt ***Hub.*** Giphanius in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. un. Cod. de rei ux. act. p. 412. diesen Ausdruck durch matrimonium. Schon Boethius ad Topica Ciceron. c. 17. nennt die actio rei uxoriae eine actio de dote. S. ***Io. Iac.*** Wissenbach Comm. in L. un. Cod. cit. pag. 430. und ***Ioh. Aug.*** Ernesti Clav. Ciceron. voc. ***Uxorius.***

hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium? *Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia?* Justinian argumentirt nun zwar freilich hier von dem Privilegium der persönlichen Klage auf das Privilegium der Hypothek; allein sind wir deswegen berechtiget, dieses dingliche Privilegium dem Heyrathsgute einer Braut beyzulegen, welcher es der Gesetzgeber selbst beylegen konnte, aber nirgends beygelegt hat? Man muß denn doch auch erwägen, daß Hypotheken, als Wohlthaten der Gesetze, nicht willkürlich ausgedehnt werden können. Es ist wahr, was Paulus sagt: *L.* 2. *D. de iure dot.* Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. Allein auch hier ist wieder nur von Eheweibern die Rede, und der Grund, den noch Pomponius *L.* 1. *D. Soluto matrimonio* hinzufügt: cum dotatas esse foeminas ab sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit nesessarium, paßt gar nicht auf Bräute, welche das Heyrathsgut pränumerirt haben. Es verdient auch die Braut das Mitleid nicht, aus welchem es Justinian für so billig hielt, die Ehefrau wegen ihres Heyrathsguts vorzüglich zu begünstigen, da es ihr freier Wille war, das Heyrathsgut noch vor Vollziehung der Ehe auszuzahlen. Nimmt man nun noch wie auch alle behaupten, als Grundsatz an, daß die gesetzliche Hypothek wegen des Brautschatzes erst mit dem Zeitpunct der wirklich eingegangenen Ehe ihren Anfang nimmt, weil nun erst eine eigentliche dos denkbar ist; so kann sie schon deshalb der Braut wegen ihres vorausbezahlten Brautschatzes nicht zustehen.

Eben

Eben so streitig ist 2) die Frage, ob die dem Brautschatz beygelegte privilegirte Hypothek auch einer putativen Ehefrau, d. i. einer solchen zustehe, welche eine an sich nichtige Ehe bona fide geschlossen hat? Die meisten Rechtsgelehrten [34]) räumen ihr solche ein, weil eine Putativ-Ehe zum Vortheil des unschuldigen Theils alle Wirkungen einer rechtmäßigen Ehe habe, und einer solchen Ehefrau auch vor Justinian das alte privilegium dotis personale gestattet worden sey. Denn so lehrt Ulpian *L.* 22. §. 13. *D. Soluto matrimonio.* **Si** mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, cum servus esset: concedi oportet *quasi privilegium in bonis viri mulieri*, videlicet ut si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem: et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote com-

34) Merlinus de pignorib. Lib. III. cap. 60. Bachovius Tr. de pign. et hyp. Lib. IV. Cap. 13. nr. 3. *God.* Mascov Diss. de conjugio putativo. *Goett.* 1738. in *Opuscul.* P. II. Nr. 8. pag. 415. Erxleben Princ. de iure pignor. §. 72. Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1181. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 100. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 245. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. besonders *Ge. Frid.* Scharlach Observation pract. de dotis privilegio. *Hannoverae* 1798. Obs. 9. Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris T. I. pag. 549. not. yy. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 643. Günther Princip. iur. Rom. T. II. §. 676. not. h. Gesterding Pfandrecht. §. 18. S. 109. u. a. m.

comparatae; quasi et hae dotales sint [35]). Andere [36]) hingegen räumen ihr zwar dieses persönliche Privilegium, aber keine Hypothek ein, und diese Meinung verdient wenigstens nach dem römischen Rechte den Vorzug. Denn Ulpian sagt *L.* 1. §. 3. *et* 4. *D. Pro dote* ausdrücklich, daß bey einer putativen, als einer an sich nichtigen Ehe, keine wahre dos Statt finden, und daher auch keine Usucapio pro dote vor sich gehen könne. Cassius scribit, sagt Ulpian, et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, *quia nulla dos sit:* quae sententia habet rationem. Eben dieses bestätiget Ulpian noch an einem andern Orte, nämlich *L.* 3. *D. de iure dot.* wo er den allgemeinen Satz aufstellt: *Dotis* appellatio non refertur ad ea matrimonia, *quae consistere non possunt.* Daher wird der putativen Ehefrau auch bey der Zurückforderung ihres Heyrathsguts nicht die actio de dote, sondern nur, so wie der Braut, eine condictio gestattet, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 3. *Cod. Soluto matrim.* (V. 18.) Imp. Antoninus A. *Hostiliae.* Si ignorans statum Erotis, ut liberum duxisti, et dotem dedisti, isque postea ser-

35) S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 3. §. Non aliena. (T. II. *Oper.* pag. 502.

36) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. V. Th. 4. oder vielmehr Bach ad *Bergerum.* *Io. Nic.* Hertius in Diss. de matrimonio putativo. *Halae* rec. 1747. §. 37. et in *Opuscul.* Vol. I. Tom. I. Nr. 7. pag. 392. Meißner vom stillschw. Pfandrechte. §. 157.

servus est iudicatus; dotem ex peculio recipies: et si quid praeterea eum tibi debuisse apparuerit. Filii autem tui, ut ex libera nati, incerto tamen patre, spurii ingenui intelliguntur.

L. 1. *Cod. de condict. ob causam dator.* (IV. 6.) Imp. ANTONINUS A. *Callisthenidi.* Pecuniam, quam te *ob dotem* accepisse pacto interposito (ut fieri, quum iure matrimonium contrahitur, adsolet) proponis, impediente quocunque modo iuris auctoritate matrimonium constare, *nullam de dote actionem habet* [37]): et propterea pecuniam, quam eo nomine accepisti, *iure condictionis* restituere debes, et pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet [38]).

Wäre hier von keiner putativen Ehe die Rede, so wäre das ob dotem Gegebene dem Fiscus zugefallen [39]). Man gestattete also die Zurückforderung, und begünstigte auch dieselbe dadurch, daß man der Klage das privilegium exigendi beylegte. Allein wenn man sich nun deswegen, gestützt auf den Ausspruch des Paulus *L.* 136. *D.*

37) So lesen Contius, Baudoza, und Hugo a Porta. In den übrigen Ausgaben, und auch in der Spangenbergischen, steht *habes.* Die Glosse hat habet, und erklärt dieses von der Frau. S. *Iac.* CUJACIUS Recitat. solemn. in Codicem ad h. L. 1.

38) Beyde Constitutionen sind datirt: *Laeto II.* et *Cereale* Conss. 216.

39) *L.* 61. *D. de ritu nuptiar.* *L.* 32. §. *ult. D. de donat. inter vir. et uxor.* *L.* 4. *Cod. de incestis et inutilic. nupt.*

D. de div. reg. iuris, Bona fides tantundem praestat, quantum veritas, ohngeachtet doch Paulus nur von dem bonae fidei possessor spricht, und ausdrücklich hinzufügt, *quotiens lex impedimento non est* [40]), für berechtiget halten will, von dem persönlichen Vorzugsrechte mit Justinian [41]) auf eine privilegirte Hypothek zu schließen, so geht man offenbar über das Gesetz hinaus. Denn man hat nicht bedacht, daß nach den oben angeführten Gesetzen [42]) die gesetzliche Wohlthat der Hypothek nur der actio de dote oder ex stipulatu de dote repetenda ist beygelegt worden, welche schlechterdings eine gültig geschlossene Ehe voraussetzt. Man wird sich überdem aus den angeführten Stellen des Ulpian und den Verordnungen des Kaisers Antoninus Caracalla überzeugen, daß die Regel der bona fides hier bey weitem die Ausdehnung nicht hat, wie bey dem Besitz, besonders wenn man damit noch die *L.* 57. §. 1. *D. de ritu nuptiar.* verbindet. Denn hätte man der putativen Ehe blos um der bona fides willen alle Wirkungen einer rechtmäßigen Ehe beygelegt, wozu bedurfte es der vielen Gründe, welche die Kaiser Marcus und Lucius in ihrem Rescript an die Flavia Tertulla anführen, wodurch sie sich veranlaßt gefunden hätten, die in dieser Ehe erzeugten Kinder so anzusehen, acsi legitime concepti fuissent [43])? Nach der Billigkeit

40) S. *Iac.* Gothofredus Comm. ad Tit. D. de div. reg. iur. h. L. pag. 571. sqq.

41) *L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potiores in pignore.*

42) *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxor. act. L. ult.* §. 1. *Cod. Qui potior. in pign.* §. 29. *I. de action.*

43) S. *Io. Ortw.* Westenberg Divus Marcus Diss. IX. §. 7. sqq. in *Operib.* a *Iungio* edit. Tom. III. p. 108. sqq. und

keit des Canonischen Rechts verhält sich nun aber freylich die Sache anders. Dieses legt einer vermeintlichen Ehe wegen des guten Glaubens, darin sich beyde Ehegatten, oder wenigstens einer von beyden befanden, und wegen der ihnen nicht beyzumessenden Unwissenheit, die Rechte einer wahren Ehe, sowohl in Ansehung des unschuldigen Ehegatten, als in Ansehung der daraus erzeugten Kinder bey [44]. War also die Ehefrau in bona fide, so können ihr auch die Rechte einer wahren Ehefrau in Ansehung des Heyrathsguts nicht versagt werden. Und so lassen sich denn die verschiedenen Meinungen sehr wohl mit einander vereinigen, wenn man zwischen dem Römischen und Canonischen Rechte unterscheidet.

Noch viel streitiger und wichtiger ist aber 3) die Frage, ob auch den jüdischen Ehefrauen, ihres Heyrathsguts wegen, die gesetzliche Hypothek mit dem ihr beygelegten Privilegium an dem Vermögen ihrer Ehemänner zu statten komme? Soviel ist wohl gewiß, daß Justinian auf den Unterschied der Religion keine Rücksicht nahm, als er diejenigen Gesetze gab, wodurch er jene Vorzugsrechte

und *Herm.* NOORDKERK Observation. Decad. Cap. 7. pag. 134. sqq.

44) *Cap.* 14. *X. Qui filii sint legitimi.* (IV. 17.) Verb. dum ipsa *coniux ipsius legitima* putaretur; wobey Böhmer in seiner Ausgabe Not. 39. die Bemerkung macht: Inde tale matrimonium, bona fide, ob ignorantiam etiam unius coniugis, in facie ecclesiae contractum, vocatur *putativum*, quod intuitu liberorum et innocentis coniugis omnes effectus legitimi matrimonii habet. Man sehe auch Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. B. 1. Abth. Nr. 22.

rechte des Heyrathsguts zu Gunsten der Eheweiber zuerst einführte. Es sind auch die von ihm selbst angeführten Gründe so allgemein und weit umfassend, daß an eine Einschränkung dieser Rechte in Ansehung der jüdischen Ehefrauen auch nicht entfernt konnte gedacht seyn, zumal da nach der Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius *L.* 8. *Cod. de Iudaeis*[45]) die Juden in ihren Rechtssachen nach den Römischen Gesetzen sollten beurtheilt werden. Zwar hatten die Juden in Palästina im Jahr 525 einen Aufstand erregt, welcher mit Enthauptung ihres Anführers Julian, der sich für den Messias derselben ausgegeben hatte, beygelegt wurde[46]); man könnte also denken, daß der Kaiser die jüdischen Eheweiber aus Haß von jener Rechtswohlthat werde ausgeschlossen haben. Allein da die *L* 12. *Cod. Qui potior. in pignore* erst zwey Jahre nach jenem Aufstand war gegeben worden, wo Justinian schon längst wieder mit den Juden ausgesöhnt war, so hatte dieser Umstand auf die gedachte Gesetzgebung keinen Einfluß. Aber im Jahre 541 gab Justinian eine merkwürdige Verordnung, wodurch er den orthodoxen Glauben der Weiber zur wesentlichen Bedingung der ihrem Hey-

45) Iudaei, *communi Romano iure viventes*, in his causis, quae non tam ad superstitionem eorum, quam ad forum et leges ac iura pertinent, adeant solemni more iudicia, omnesque *Romanis legibus* conferant et excipiant actiones. So ist die Leseart dieses Gesetzes aus *L.* 10. *Cod. Theod. de iurisdict.* zu berichtigen. S. *Iac.* Gothofredus in Comm. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. I. Tit. 1. pag. 101. sqq.

46) Basnage Histoire de juifs. Tom. IV. Liv. 6. Chap. 21. §. 9.

Heyrathsgute beygelegten Privilegium machte. Dieß ist die *Nov. CIX.* welche die Controvers veranlaßt hat, ob die Eheweiber der Juden auch jetzt noch an diesen Privilegien Antheil haben? Nach Hombergks Uebersetzung lauten die Worte folgendermaßen:

Praefatio.

Unicum nobis auxilium per omnem Reipublicae nostrae et Imperii vitam spem in Deum esse credimus, idque animae et Imperio nostro salutare esse scimus. Quare leges etiam nostras exinde pendere, ad eam respicere, ipsamque earum initium, medium et finem esse convenit. Omnes igitur sciunt, eos, qui ante nos imperarunt, et maxime LEONEM piae memoriae, et IUSTINUM divae memoriae, patrem nostrum, in constitutionibus suis, omnes haereticos prohibuisse, ne ullius militiae participes essent, nec ad publica munera admitterentur, ne praetextu militiarum et publicorum munerum, sanctae, catholicae et Apostolicae Ecclesiae Dei partem affligerent. Nos quoque ipse hoc ipsum fecimus, constitutionibus nostris illa confirmantes. *Haereticos* autem et illi dixerunt et nos dicimus, qui diversarum haeresium sunt: quibus conjungimus et connumeramus etiam eos, qui Nestorii iudaicam sequuntur insaniam, et Eutychianistas, et Acephalos, et quicunque Dioscori et Severi pravas opiniones sectantur, qui Manichaei et Apollinaris impietatem renovant, et ante omnia [47]), qui

47) Die alte Version hat hier richtiger: et ad hoc omnes. Haloander: et insuper quicunque.

qui non sunt membrum sanctae, catholicae et Apostolicae Ecclesiae Dei, in qua uno ore omnes sanctissimi totius terrarum orbis Patriarchae, tum ille, qui in Roma occidentali, tum qui in regia hac urbe, et Alexandria, et Theopoli, et Hierosolymis est, omnesque ipsis subjecti sanctissimi Episcopi, Apostolicam fidem et traditiones praedicant. Illos igitur, qui immaculatam communionem in Catholica Ecclesia a sacerdotibus eius Dei amantissimis non accipiunt, haereticos iustae vocamus. Nam licet illi Christianorum nomen sibi imponant, cum tamen se ipsos a vera Christianorum fide et communione separent, Dei iudicio sese subiicere inteliguntur.

Cap. I.

Leges igitur de haereticis latae omnibus manifestae sunt. Nos vero cum eos, qui Orthodoxorum fidem amplectuntur, eique adherent, majus privilegium prae illis habere velimus, qui se ab ovili Dei separant, (quoniam iustum non est, ut haeretici cum orthodoxis aequalibus privilegiis digni habeantur) propterea ad hanc legem respeximus. *Quoniam enim feminis privilegium dotium dedimus, ut et antiquioribus creditoribus praeferantur: et meliore loco sint, quamquam tempore vincantur in donationibus vero propter nuptias, ut secundum tempora, quibus fiunt, hypothecas habeant: omnibus in praesentiarum per sacram hanc nostram legem manifestum facimus, nos et hoc privilegium, et tacitas hypothecas, caeteraque omnia, quae mulieri-*

bus

bus in diversis privilegiis a legibus nostris data sunt, illis solis concedere, (ut iis fruantur, et beneficiis eorum utantur) quibus curae est, ut rectam et adorandam nostram fidem (Catholicae scilicet et Apostolicae Ecclesiae) teneant, et de salutari eius communione participent. Que enim a sancta, catholica et Apostolica Ecclesia Dei se ipsas separant, neque in ea immaculatam communionem a Sacerdotibus eius Dei amantissimis accipere sustinent, eas omnino his privilegiis frui nolumus. Nam si a donis Dei se ipsas separant, et a sacra et immaculata communione se alienas reddunt, multo magis nos eas privilegiis illis indignas habebimus, nec permittemus, ut legum nostrarum favore fruantur: sed ad beneficia legum illis nullo modo aditus pateat, omniquae privilegio constitutionibus nostris ipsis dato priventur.

Cap. II.

Licebit vero illis, si ad meliorem mentem redierint, et rectam atquae veram fidem amplexae fuerint, illique semper adhaeserint, donis illis et privilegiis frui. Haec autem in omni ditione nostra valeant et observentur, — —. *Iudices itaque, apud quos contra mulieres aut a mulieribus privilegia quaedam sibi vindicare volentibus, lites moventur, ad praesentis nostrae legis vim respicere convenit: et si eas non orthodoxae fidei esse, nec incontaminatam et adorandam communionem in sanctissima Catholica et Apostolica Ecclesia a venerabilibus eius Sacerdotibus accipere deprehendant, illis non concedere, ut privilegiis nostrarum constitutionum fruantur.*

Diese Novelle redet nun zwar freylich nicht von jüdischen, sondern von ketzerischen Eheweibern, welche sich von der rechtgläubigen Kirche getrennt, und sich durch ihre Abtrünnigkeit der Rechte und Privilegien der Ehefrauen unwürdig gemacht haben. Sie scheint also die Eheweiber der Juden gar nichts anzugehen, da der Begriff von haeretici, welchen Justinian hier gegeben hat, und den schon vor ihm die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos *L.* 2. *Cod. de haereticis* (I. 5.) gegeben hatten, wenn sie sagen: *Haereticorum* vocabulo continentur, qui a iudicio et tramite catholicae religionis vel levi argumento detecti fuerint deviare, gar nicht auf sie paßt, weil sie nie Mitglieder der christlichen Kirche waren, und folglich sich auch keiner Abtrünnigkeit von derselben schuldig machen können. Hierzu kommt noch, daß auch in andern Gesetzen [48]) die Juden von den haereticis ausdrücklich unterschieden werden. Dieser Unterschied wird auch dadurch noch deutlicher zu erkennen gegeben, daß von beyden in ganz verschiedenen Titeln des Codex gehandelt wird, nämlich Tit. 5. und Tit. 9. libri I. Zwischen beyden hatte auch eine so große Verschiedenheit der Rechte Statt, daß von dem einem auf die andern nicht wohl geschlossen werden kann. Denn die haeretici waren mit einer Infamie behaftet, sie waren von den Rechten und der Gemeinschaft der Bürger ausgeschlossen, und weder testaments- noch erbfähig [49]); dahingegen die Juden

48) *L.* 12. *et L.* 13. *Cod. de haeredicis.*

49) Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* GOTHOFREDI Paratitlon ad Libri XVI. Tit. 5. Cod. Theodos. de haereticis Tom. VI. pag. 116. sqq. edit. *Ritter.*

den die Rechte der Bürger im Staate genossen, und eine freye Uebung ihrer Religion hatten [50]). Aus diesen Gründen behaupten daher viele Rechtsgelehrten [51]), daß die gedachte Novelle auf die Ehefrauen der Juden um so weniger angewendet werden könne, je bekannter es sey, daß correctorische Gesetze immer streng erklärt werden müßten. Allein,

50) *L.* 8. 11. *et* 13. *C. de Iudaeis.* S. auch *Iac.* Gothofredi Paratitlon ad Libri XVI. Tit. 8. Cod. Theod. de Iudaeis Tom. I. pag. 135. sqq.

51) *Ant.* Negusantius Tr. de pignorib. et hyp. P. II. Membr. IV. nr. 69. p. 129. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 5. *Iust Henn.* Boehmer Iur. Eccles. Prot. Tom. IV. Lib. V. Tit. 6. §. 62. *Io. Iod.* Beck Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. VII. §. 22. *Henr. Christ. de* Senckenberg Comm. de iure ac privilegio dotis illatorumque in concursu creditorum, tum in genere, tum in specie quoad mulieres Iudaeas. *Giessae* 1729. *Io. Christ.* Koenigke Progr. de iuribus ac privilegiis iudaicis competentibus. *Lipsiae* 1733. *Io. Henr.* Christiani Diss. de privilegio dotis Iudaeorum uxoribus in consursu creditorum nec iure Rom. nec hodierno denegando. *Helmst.* 1793. *Ger. Frid. Henr.* Bütemeister Deduct. iurid. de privilegio dotis mulieribus iudaicis non denegando. *Goett.* 1792. 8. *Ge. Frid.* Scharlach Observat. pract. de dotis privilegio. Obs. 8. *Io. Siegm.* Thiele Princip. iurisprud. iudaicae §. 153. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 5. §. 100. S. 346. Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. 7. Betracht. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 246. f. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. S. II. §. 574. von Zangen über weibliche Bürgschaften. Giessen 1804. S. 32. ff. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 960. Not. 2. u. a. m.

Allein, aller dieser Gründe ungeachtet, giebt es eben so viele Rechtsgelehrten [52]), welche, von der Stärke derselben nicht überzeugt, den jüdischen Eheweibern nach dem Geist der Novelle 109 die dinglichen Sicherheitsrechte und Privilegien des Heyrathsguts absprechen; und dieser Meinung muß man schon darum den Vorzug geben, weil sonst das Gesetz mit sich selbst im Widerspruche stehen würde. Man würde zwar allerdings den Judenweibern Unrecht thun, wenn man behaupten wollte, daß ihretwegen das Gesetz gegeben sey. Denn Justinian führt ja die Secten namentlich an, mit deren Irrlehren die Kirche seines Zeitalters zu kämpfen hatte. Das kann uns aber auch sehr gleichgültig seyn, ob Juden oder Ketzer das Gesetz veranlaßt haben. Es kommt auf dessen Sanction an. Diese spricht sich nun aber ganz bestimmt in dem Satze aus, daß die Vorzüge, welche Justinian in verschiedenen seiner Ver-

52) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs 208. Struben rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 68. *Car. Frid.* Walch Progr. de privilegio dotis Iudaeae. *Ienae* 1785. (in Ej. *Opuscul.* Tom. III.) *Ej.* Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. III. Membr. I. §. 2. Runde Grunds. des allgem. deutschen Privatrechts §. 643. von Cramer Nebenstunden 3. Th. Nr. 2. et 3. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1212. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. 7. B. §. 643. S. 251. ff. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 643. Claproths Rechtsfälle 1. B. Nr. 17. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 7. B. Med. 380. Meißner vom stillschw. Pfandrechte §. 158. u. 159. *Iud. Thad.* Zauner Introduct. in ius Digestor. P. II. Lib. III. Sect. V. Tit. 3. §. 4. pag. 141.

Verordnungen den Ehefrauen zur Sicherheit ihres Heyrathsguts gegeben hat, nur denjenigen Eheweibern allein zustehen sollen, welche dem Glauben der apostolischen Kirche von ganzem Herzen ergeben sind, und an der seligmachenden Gemeinschaft dieser Kirche Antheil nehmen. Wäre es nun nicht der evidenteste Widerspruch, wenn die ketzerischen Eheweiber, welche sich durch des Nestorius iudaicam insaniam haben hinreissen lassen, von der rechtgläubigen und apostolischen Kirche abtrünnig zu werden, von den Privilegien des weiblichen Heyrathsguts sollten ausgeschlossen, und die jüdischen Eheweiber derselben theilhaftig seyn? Paßt auch der Begriff von haereticus nicht ganz auf sie, so sind sie doch wenigstens keine Mitglieder der christlichen Kirche, und diese alle, qui non sunt membrum sanctae catholicae et apostolicae Ecclesiae Dei, schließt ja das Gesetz ganz ausdrücklich an die Ketzer an. Sind nun die Richter angewiesen, allen Eheweibern das hypothekarische Vorzugsrecht des Heyrathsgutes rund abzusprechen, welche sie nicht dem orthodoxen Glauben der apostolischen Kirche ergeben fänden, wie können sie die Judenweiber zum Genuß derselben lassen, da die Juden so gut, wie die Ketzer, in den Gesetzen überall den Orthodoxen gegenüber gestellt werden? [53]) So lang also noch die Novelle 109. des Kaisers Justinian gilt, haben jüdische Eheweiber ihres Heyrathsguts wegen an dem hypothekarischen Vorzugsrechte, welches Justinian dem Brautschatze beygelegt hat, keinen Antheil, ob ihnen gleich das persönliche

53) *L.* 12. *L.* 21. *Cod. de haeretic. L.* 2. *Cod. Ne christianum mancipium haereticus vel Iudaeus vel paganus habeat.*

che Privilegium niemand versagen wird, denn dieses fordert keine Rechtgläubigkeit [54]).

Es enstehet endlich noch 4) die Frage, ob die gesetzliche Hypothek auch dem Dritten zu statten komme, welcher das Heyrathsgut für die Frau gegeben, und sich den Rückfall desselben ausbedungen hat? Lieset man mit Aufmerksamkeit, was Justinian *L. un.* §. 1. *Cod. de rei ux. act.* sagt: **Et in huiusmodi actione sc. ex stipulatu damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis; sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, — — sive ipsae principales personae dotes dederint, — — sive aliae pro his personae:** so hat man wohl mehr Grund daran zu zweifeln, daß sich der Dritte dieser Hypothek bedienen könne, als denen beyzustimmen, welche ihm dieselbe obwohl ohne das damit verbundene Vorzugsrecht, einzuräumen kein Bedenken finden [55]). Denn nur die **actio ex stipulatu**, welche an die Stelle der **rei uxoriae actio** gesetzt worden, ist es, mit welcher das Gesetz die stillschweigende Hypothek verbunden hat. Diese Klage, welcher Justinian ausser den Vortheilen, die sie der Ehefrau schon ihrer Natur nach gewährte, auch noch das **beneficium bonae fidei** beygelegt hat, ohnerachtet sie sonst ihrer Natur nach eine **actio stricto iure vallata** ist, wie sich der Kaiser

54) Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 76. S. 110. und Meißner §. 158. S. 399.

55) Iason ad L. un. C. de rei ux. act. *Io.* Iensius Strictur. iur. civ. ad Rom. iuris Pand. et Cod. ad L. un. §. 1. Cod. de Rei ux. act. pag. 588. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 100. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 161.

Kaiser §. 2. der angeführten *L. un.* ausdrückt, steht nun aber dem Dritten keineswegs zu, sondern derselbe hat sich entweder die Rückgabe des Heyrathsguts mittelst einer förmlichen Stipulation versprechen lassen, oder ohne Stipulation. Im ersten Falle hat er zwar eine actio ex stipulatu, allein dieser Klage ist so wenig, als der ihm in dem zweyten Falle nach §. 13. *cit. L. un.* zustehenden civili praescriptis verbis actioni eine Hypothek beygelegt. Denn keine von beyden Klagen hat die Eigenschaften der actio ex stipulatu erhalten, welche zu Gunsten der Ehefrau nach der Natur der alten rei uxoriae actio modificirt worden ist. Ist also die dem Dritten zustehende actio ex stipulatu, nicht die, welche an die Stelle der rei uxoriae actio getreten ist, so kann sie auch mit der dieser Klage beygelegten Hypothek nicht verbunden seyn. Und so urtheilt auch Bachov[56]), dem Lauterbach[57]) und Hofacker[58]) mit Recht beygetreten sind. Gleichwohl haben sich manche durch die Worte: sive ipsae principales personae dotes dederint, sive *aliae pro his personae*, auf den Gedanken bringen lassen, als ob auch die Stipulation des Rückfalls dem Dritten, welcher das Heyrathsgut für die Frau gegeben hat, ein stillschweigendes Pfandrecht gewährt. Allein sie irren. Denn offenbar ist in den angeführten Worten nicht von solchen Personen die Rede, denen die Hypothek zustehen, sondern gegen die sie ausgeübt werden soll, indem die Hypothek nur dem Ehemann wegen des versprochenen, der Frau aber wegen des

56) Tr. de pignorib Lib. I. Cap. 10. nr. 2.

57) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

58) Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1181.

des eingebrachten Heyrathsguts gegeben worden ist. Wie wenig es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sey, dem Extraneus, der das Heyrathsgut gegeben hat, ein gleiches Recht mit der Ehefrau zu gestatten, sieht man vorzüglich aus dem §. 13. *L. un. Cod. cit.* wo es heißt: In praesenti autem non sic esse volumus, sed si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat. Neque enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse, *ne quod pro mulieribus introduximus, hoc adversus mulieres convertatur.*

Soviel übrigens den Anfang der Hypothek anbetrifft, welche der Frau wegen ihres Brautschatzes zusteht, so fängt diese zwar von Zeit der eingegangenen Ehe an, es wird aber doch vorausgesetzt, daß das Heyrathsgut dann schon bezahlt, oder wenigstens von Jemanden für die Frau auf eine rechtsverbindliche Art versprochen worden sey, weil in diesem letztern Falle der Ehemann der Frau dafür haftet, wenn er sich das Heyrathsgut nicht auszahlen läßt, oder in Erhebung desselben sich einer der Frau nachtheilig gewordenen Saumseligkeit schuldig macht [59]. Papinian lehrt

59) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. Bachovius ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. XXIV. Th. 7. lit. B. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1181. *Ge. Frid.* Scharlach Observ. pract. de dotis privilegio. *Hannov.* 1798. 8. Obs. XVI. pag. 131. sqq. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. Meißner §. 168. Gesterding Pfandrecht §. 18. S. 109.

lehrt dieses ganz bestimmt, wenn er *L.* 1. *pr. D. Qui potior in pignore* sagt: Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promissit, compellitur: non utique solutionum observanda sunt tempora, sed *dies contractae obligationis.* Nec probe dici, in potestate eius (scilicet mariti) esse, ne pecuniam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Zwar ist hier nur von einer ausdrücklichen Verpfändung die Rede, allein der hier angeführte Grund ist allgemein, und muß daher auch von der stillschweigenden Hypothek gelten.

Wegen der Vermehrung des Heyrathsguts kann aber nicht auf die Zeit gesehen werden, da das Pfandrecht wegen des Heyrathsguts selbst seinen Anfang nimmt[60]); sondern es fängt erst von der Zeit an, da die Vermehrung geschahe. Hierher gehören auch die bürgerlichen und natürlichen Früchte, die nach getrennter Ehe vom Heyrathsgute percipirt worden sind[61]). Die Ehefrau hat ferner

IV. wegen ihres Paraphernal-Vermögens eine stillschweigende Hypothek an dem ganzen Vermögen des Ehemannes, wenn solches in Kapitalien besteht, welche der Mann erhoben hat[62]). Dieses Pfandrecht nimmt von Zeit

60) Arg. *L.* 19. *Cod. de donat. ante nupt.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 99. Meißner vom stillschw. Pfandrechte §. 168. Nr. 2. S. 423.

61) *Arg. L. un.* §. 7. *Cod. de rei ux. act. L.* 11. *L.* 31. §. *ult. D. Soluto matrimonio.* Lauterbach c. l. §. 31.

62) Emminghaus Diss. de pign. legali, quod uxori propter bona paraphernalia in bonis mariti competit. *Ienae* 1788

Zeit des Empfanges dieser Gelder seinen Anfang [63]), ist aber mit keinem Vorzugsrechte versehen, und findet auch nur dann Statt, wenn ihr deshalb keine ausdrückliche Hypothek constituirt worden ist. Hierher gehört die Verordnung des Kaisers Justinian vom Jahre 530. welche in der *L* 11. *Cod.* (V. 14.) *de pactis conventis* enthalten ist: **Si mulier marito suo** *nomina* **(id est foeneratitias cautiones)** quae *extra dotem* **sunt, dederit,** *ut loco paraphernorum apud maritum maneant*, **et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum: — — — sancimus, — — — si quidem in dotali instrumento hypothecae pro his nominatim a marito scriptae sunt, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur:** *ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit.* Die Praxis pflegt zwar schon längst diese gesetzliche Hypothek auf das ganze Paraphernal-Vermögen auszudehnen [64]), aber nie hat sie gewagt, das dem Heyrathsgute eigene Vorzugsrecht

1788. Meißner §. 163. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. Band. §. 643. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 960. Not. 3. Meister Diss. de bonis uxoris ex Rom. iuris praesumtione non paraphernalibus, sed dotalibus. *Goett.* 1769. §. 5. not. 19. pag. 29.

63) *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 207. §. 6. Meißner §. 168. nr. 3. S. 424.

64) Carpzov P. II. Const. 24. Def. 3. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33. von Gmelin Ordn. der Gläubiger. §. 115. Hofacker T. II. §. 1181. Besonders Pufendorf c. l. §. 2. et 3. *a* Leyser Meditat. ad Pand. Spec. CCXXVI. medit. 7.

recht auch auf jenes zu erstrecken [65]). Hat der Ehemann die Kapitalien nicht wirklich erhoben, so findet keine stillschweigende Hypothek Statt, und er kann die davon erhobenen Zinsen zu seinem und seiner Frau Nutzen verwenden [66]). Er steht auch nicht für die Gefahr der Kapitalien, so lange er sie noch nicht wirklich erhoben hat, wenn ihm auch gleich die Schuldscheine von der Ehefrau wären eingehändiget worden [67]); weil bis dahin noch immer die Frau das Recht hatte, die Gelder selbst, oder durch einen andern Bevollmächtigten von den Schuldnern beyzutreiben. Nur erst durch die wirkliche Erhebung der Kapitalien wird er der Frau dafür verantworlich, wenn er bey deren Verwaltung und weitern Anlegung nicht diejenige Vorsicht beobachtet, welche er seinen eigenen Geschäften zu widmen pflegt. Ante enim, heißt es weiter in

65) *Huld. ab* Eyben Disp. de iure paraphernorum. §. 22. in *Eiusd.* Scriptis a *Hertio* editis. pag. 314. und Scharlach Observat. pract. de dotis privilegio Obs. 14.

66) *L.* 11. *cit. Verb.* Sancimus, si quid tale evenerit, actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari easdem actiones movere apud competentes iudices, nulla ratihabitione ab eo exigenda: *et usuras quidem eorum circa se et uxorem expendere, pecunias autem sortis, quas exegerit, servare mulieri.*

67) In den Basiliken *Lib. XXIX.* Tit. 5. Const. 40. T. IV. pag. 697. heißt es: ἐχέτο ἀπὸ τόυτου τõυ νομου σιωπηρὰς ὑποδήκας ἡ γυνὴ ἁρμοζουσας ἀυτῆ ἐζ ἐκείνου τõυ καιρõυ ἐξ οὖ ὁ ἀνὴρ ἀπήτησεν, ὀυ μὴν ἐξ ὄυ τὰ γραμματεῖα δέδωκεν. i. e. *Habeat ex hac Lege tacitam hypothecam mulier, competentem ei ex eo tempore, quo maritus exegit, non autem ex eo, quo cautiones dedit.*

in der oben angeführten Constitution, habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, per maritum, sive per alias personas easdem movere actiones, et suas pecunias percipere, et ipsas cautiones a marito recipere, securitate ei competente facienda. *Dum autem apud maritum remanent eaedem cautiones: et dolum et diligentium maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur:* ne ex eius malignitate, vel desidia aliqua mulieri accedat jactura. Quodsi evenerit, ipse eandem de proprio resarcire compelletur. Da also die stillschweigende Hypothek in Ansehung der Paraphernalien erst von Zeit der wirklichen Empfangnehmung des Geldes ihren Anfang nimmt, so muß wohl das Nämliche Rechtens seyn, wenn das Paraphernal-Vermögen der Frau gleich Anfangs in baarem Gelde besteht, und dieses dem Mann zur Verwaltung überlassen worden ist [68]. Die Ehefrau hat endlich auch

V. eine gesetzliche General-Hypothek auf dem Vermögen des Mannes wegen der ihr auf den Fall der Verarmung ihres Ehemanns zu ihrem und ihrer Kinder Unterhalt ausgesetzten donatio propter nuptias und zwar von Zeit der geschehenen Aussetzung derselben an [69]. Sie wird

68) Anderer Meinung ist jedoch Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 163. S. 406.

69) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 36. et 37. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCXXVI. med. 8. *Car. Lud. Guil.* Grolmann Comm. de donatione propter nuptias. *Giessae* 1795. Cap. II. §. 7 — 12. von Gmelin angef. Ordn. der Gläubiger §. 116. und Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 164.

wird zwar von einigen [70]) in Zweifel gezogen; allein ohne hinreichenden Grund, da die *Nov.* 109. Kap. 1. ganz bestimmt sagt: *in donationibus vero propter nuptias, ut secundum tempora, quibus fiunt, hypothecas habeant.* Es wird auch schon vorher in der *L.* 12. *Cod. Qui potior. in pignore* darauf angespielt, wenn Justinian, nachdem er von dem privilegirten Pfandrecht wegen des Heyrathsguts gesprochen hatte, §. 2. fortfährt: Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad *ante nuptias donationem*, quam suo tempori servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus. Man hat zwar gerade aus diesen Worten beweisen wollen, daß der Frau wegen der ihr ausgesetzten donatio propter nuptias keine stillschweigende Hypothek zustehe, weil sie dabey blos gewinne, und nur gegen Schaden gedeckt seyn solle [71]). Allein es leuchtet in die Augen, daß hier auch bey der donatio propter nuptias eine Hypothek vorausgesetzt werde. Denn Justinian spricht nur von dem Privilegium der Hypothek, welches er dem Heyrathsgute beygelegt hat. Da nun die donatio propter nuptias mit des dos eine solche Aehnlichkeit hat, ut et nomine et substantia nihil distet a dote, sed aequis passibus utraque ambulet,

70) Bachovius Tr. de pignor. Lib. I. Cap. 10. nr. 3. und *Tob. Iac.* Reinharth Diss. de uxore in donatione propter nuptias neque dominium neque hypothecam tacitam habente. *Erfordiae* 1729.

71) Man vergleiche Reinharth Diss. cit. §. 22.

let, wie Justinian *L.* 20. *Cod. de donat. ante nupt.* sagt; so besorgte der Gesetzgeber, man möchte auf die Gedanken gerathen, daß das privilegium hypothecae dotis auch der donatio propter nuptias zukomme. Diesem Mißverständniß suchte nun der Kaiser dadurch zu begegnen, daß er verordnete, das privilegium hypothecae sollte nur dem Heyrathsgute, aber nicht der donatio propter nuptias zukommen [72]). Daß aber auch hier von keiner ausdrücklichen Hypothek die Rede sey, welche sich die Ehefrau der donatio propter nuptias wegen auf dem Vermögen des Ehemanns hat bestellen lassen, ergiebt sich ganz deutlich aus der Novelle 109. Kap. 1. und es ist ein sehr unerheblicher Einwand, daß die Worte bloße enunciative Worte wären, da Justinian bestimmt genug sagt, nos et privilegium dotis, et *tacitas hypothecas*, caeteraque omnia, quae mulieribus in diversis privilegiis *a legibus nostris* data sunt, illis solis concedere, ut iis fruantur et beneficiis eorum utantur, quibus curae est, ut rectam et adorandam nostram fidem teneant. Es erhellet hieraus zugleich, daß nicht blos das privilegium hypothecae dotis, sondern auch die übrigen zu Gunsten der Eheweiber von Justinian eingeführten gesetzlichen Hypotheken nur auf die rechtgläubigen Eheweiber sollen eingeschränkt seyn. Besteht die donatio propter nuptias in bestimmten körperlichen Sachen, welche entweder der Frau tradirt, oder, wenn es unbewegliche Sachen sind, ihr in den Ehepacten zur antipherna verschrieben worden sind, so wird ihr das Eigenthumsrecht daran

72) S. Grolman Diss. cit. §. 9 — 12. wo Reinhards Gründe widerlegt sind.

daran zugestanden, und die Reivindication gestattet [73]). Die Ausübung dieses Eigenthums ruhet jedoch so lang, als der Mann die Lasten der Ehe selbst bestreitet und zu bestreiten im Stande ist [74]). Ist der Frau die Donatio propter nuptias blos als Ersatz für das eingebrachte Heyrathsgut ausgesetzt worden, so tritt sie an die Stelle des Heyrathsguts, und hat also auch das Privilegium desselben [75]). Besteht sie aber, was man jetzt insgemein unter der donatio propter nuptias verstehen will, in der bloßen Anweisung eines bestimmten Unterhalts der Frau während des Wittwenstandes, ohne Rücksicht auf Heyrathsgut; so ist sie nach der Meinung der heutigen Rechtsgelehrten [76]) mit gar keiner stillschweigenden Hypothek versehen, wenn ihr die Landesgesetze keine beygelegt haben. Ein allgemeines stillschweigendes Pfandrecht haben

VI. die Kinder [77]) und zwar

1) wegen ihres mütterlichen oder von mütterlichen Ascendenten herrührenden Vermögens an dem Vermögen des

73) *Nov. LXI. Cap.* 1. S. *Io. Gottl.* Heineccii Diss. de uxore Rom. per propter nuptias donationem de alimentis secura tantum. *Halae* 1740. §. 24.

74) Grolman Diss. cit. §. 8. et §. 13 — 17. und Meißner §. 165.

75) von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 116. S. 491. Mevius P. I. Decis. 173. Hofacker Princip. iur. civ. R. Germ. Tit. I. §. 488.

76) *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 39. §. 27. und *Christ. Gottl.* Haubold ad *Bergeri* Oecon. iuris Lib. I. Tit. 3. Thl. 12. not. m.

77) S. *Io. Aug.* Hellfeld Diss. de diverso pignoris iure liberis in parentum bonis competente. *Ienae* 1754. (in *Opus.*

des Vaters, sofern der Vater die Güter der Kinder verwaltet. Diese Hypothek gab zuerst Justinian den Kindern, und sie nimmt nicht erst von der Zeit ihren Anfang, da der Vater die Administration übernommen, oder durch schlechte Verwaltung desselben die Kinder in Schaden gebracht hat, sondern sie fängt gleich von der Zeit an, da der Vater von dem Erwerbe dieses Vermögens Wissenschaft erhielt, und er die Verwaltung desselben hätte übernehmen müssen, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 8. §. 5. *Cod. V.* 9. *de secundis nuptiis.* Illius etiam patris, qui in sua potestate liberos habens, *maternam* eis *substantiam*, vel *ex materna linea* ad eos devolutam servare compellitur, *bona iisdem liberis supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus:* ita tamen, ut *occasione talium hypothecarum*, neque patris, neque matris administrationem filii valeant perscrutari, vel aliquam eis movere super hoc quaestionem: cum perspicui sit iuris, etiamsi alienata fuerint eorum bona, quae extra memorata lucra vel *maternas res* sunt; *ius hypothecae integrum iisdem manere filiis.*

L. 6. §. 4. *Cod. VI.* 61. *de bonis, quae liberis.* Sed cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis caeterisque donationibus, quas servare necesse est, et dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est: com-

Opuscul. nr. VII.) und *Harre Frid.* FEDDEN Diss. de tacitis hypothecis, quae liberis in bonis parentum competunt. *Goettingae* 1778.

compendiosa narratione interpretamur, *initium gerendae vel deserendae administrationis*[78]), *vel observationis esse spectandum, et non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit.*

Hatte die Mutter wegen ihres auf die Kinder vererbten Vermögens etwa schon bey ihrem Leben eine stillschweigende Hypothek an dem Vermögen ihres Ehemanns, so geht dieselbe mit dem ihr zustehenden Vorzugsrechte auf die Kinder, als Erben über[79]), sonst ist das Pfandrecht der Kinder, welches ihnen die Gesetze an dem Vermögen des Vaters wegen ihres mütterlichen, oder von andern mütterlichen Ascendenten durch Erbschaft oder Schenkung auf sie gefallenen Vermögens geben, nicht privilegirt[80]), und dieses nimmt dann auch erst seinen Anfang von der Zeit an, da dem Vater die pflichtmäßige Verwaltung dieses Vermögens oblag[81]). Viele Rechtsgelehr-

78) In den Basiliken Tom. VI. pag. 112. heißt es: *το προοιμιον της χρηστεας η αναληπτεας διοικησεως*, i. e. *initium gerendae vel suscipiendae administrationis.*

79) *L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pign.* Nov. XCI. c. 1. Hellfeld cit. Diss. §. 18. Fedden Diss. cit. §. 15.

80) Hellfeld c. l. §. 25. und Zoller Exercit. iur. quaestionem, an liberis intuitu bonor. maternor. existente concursu, in substantia matris cum hypotheca tacita et ius praelationis competat, continens. *Lipsiae* 1776.

81) Hellfeld §. 26. Den Grund setzt *Ios.* Averanius Interpraetat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 4. in der Natur eines Quasi Contractus administrationis negotiorum alienorum, bey welchem gleich anfangs die Verbindlichkeit eintritt, alles dasjenige zu thun, was dem Eigenthümer zum Nutzen gereicht. §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex contr. L.* 6. §. *ult. D. de negot. gestis.* Allein da zwischen dem Vater und den Kin-

gelehrten [82]) wollen jedoch dieses gesetzliche Pfandrecht der Kinder blos auf den Fall beschränken, wenn der Vater zur andern Ehe schreitet. Die Gründe sind, weil die Gesetze zu dem Vater das Vertrauen hätten, daß er bey der Verwaltung des Vermögens seiner Kinder von selbst seine Pflichten erfüllen werde. Wegen dieses Vertrauens hätten sie ihn auch von Ablegung der Rechnung und aller weitern Cautionsleistung befreiet, zu welcher sonst andere Administratoren und Usufructuare verbunden sind. Ja Justinian sage ausdrücklich *L.* 6. §. 2. *Cod. de bonis, quae liberis:* Non autem *hypothecam* filiifamilias adversus res patris viventis adhuc, seu iam mortui sperare audeant: — — sed — — rerum habeat parens plenissimam potestatem, uti fruique his rebus, quae per filiosfamilias secundum praedictum modum adquiruntur, et gubernatio rerum earum

Kindern während der väterlichen Gewalt keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit durch irgend einen Contract begründet werden kann; §. 6. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 50. *D. ad SCtum Trebel.* so kann auch wohl die Verbindlichkeit des Vaters den Kindern bey der Verwaltung ihres mütterlichen Vermögens für den Schaden zu stehen, aus jener Quelle nicht abgeleitet werden. Genug die Gesetze legen dem Vater diese Verbindlichkeit auf, und sichern die Erfüllung derselben durch Hypothek. S. *Hub.* Giphanii Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 6. Cod. de bonis, quae lib. pag. 215.

82) *Iac.* Cujacius Recitat. solemn. in Codicem ad Lib. VI. Tit. 61. de bonis, quae liberis. Verb. *Item alii administratores* (Operum Tom. IX. pag. 935.) *Ant.* Perez Praelect. in Cod. Lib. VI. Tit. 61. nr. 10. Westphals Pfandrecht §. 97. Erxleben Princip. de iure pignor. §. 81. und Fedden cit. Diss. §. 19. et 20.

earum sit penitus impunita. Wenn nun gleichwohl in dem §. ult. dieser Constitution von stillschweigenden Hypotheken die Rede sey, welche sowohl durch die ältern Gesetze, als von ihm, dem Kaiser Justinian, in maternis, ceterisque donationibus, quas servare necesse est, wären eingeführt worden, so beziehe sich dieß auf diejenigen Constitutionen, worin von der zweyten Ehe des Vaters die Rede ist. Nur in diesem Falle sey also den Kindern ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters gegeben, wenn er ihr mütterliches Vermögen zum Nachtheil derselben verwaltet. Allein so viel Schein diese Gründe haben, so wenig haltbar sind sie, bey einer genauern Prüfung derselben. Justinian bezieht sich hier allerdings auf die *L.* 8. *Cod. de secundis nuptiis.* Es ist auch nicht zu läugnen, daß der §. 4. dieses Gesetzes von dem Falle spricht, da der Vater zur andern Ehe schreitet; allein die den Kindern der ersten Ehe in diesem Falle an dem Vermögen des Vaters gegebene Hypothek betrifft offenbar nur die Sicherstellung derjenigen Güter, welche durch die Freygebigkeit der Mutter derselben an den Vater gekommen sind. Von diesen Gütern wird nun aber §. 5. das von der Mutter oder der mütterlichen Linie auf die Kinder unmittelbar gekommene Vermögen, und das ihnen zur Sicherung desselben ertheilte stillschweigende Pfandrecht ausdrücklich unterschieden, und dabey bemerkt, daß diese Hypotheken den Kindern deswegen keine Veranlassung noch Befugniß geben dürfen, den Vater oder die Mutter wegen der Verwaltung dieses Vermögens zur Rechenschaft zu ziehen, weil es bekannten Rechts sey, daß die Hypothek den Kindern unverletzt verbleibe, wenn auch die Güter, die derselben unterworfen sind, von den

Eltern

Eltern wären veräussert worden. Ob übrigens der Vater sich anderweitig verheyrathet habe, oder nicht, wird hierbei nicht weiter berücksichtiget [83]). Ob auch dasjenige Vermögen, was den Kindern von mütterlichen Seitenverwandten zufällt, zu den bonis maternis zu rechnen sey, weswegen denselben eine Hypothek zusteht, ist streitig. Mehrere [84]) scheinen dieses behaupten zu wollen. Allein daß der Ausdruck materna linea nur die mütterlichen Ascendenten bezeichne, ist aus andern Gesetzen, nämlich *L. 2. Cod. VI. 60. de bonis maternis*, und *L. 1. Cod. de bonis, quae liberis* deutlich zu ersehen [85]). Offenbar unrichtig aber ist es, wenn man dieses Pfandrecht auf das ganze Vermögen der Kinder erstrecken will, welches der Vater verwaltet [86]), da der §. 2. *L. 6. Cod. eodem* das Gegentheil lehrt [87]). Eben so wenig scheint auch die Mei-

83) S. *Io. Iac.* Wissenbach Comment. in libros VII. prior. Cod. ad L. 8. de secundis nupt. pag. 412. sq. Hellfeld Diss. cit. §. 17. und Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 131.

84) Cujacius c. l. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 114. S. 471. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 943.

85) Meißner a. a. O. §. 132. S. 343. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 643.

86) Brunnemann Comm. ad L. 6. Cod. de bonis, quae lib. nr. 15. *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 12. nr. 3.

87) Struben rechtl. Bedenken 3. B. Bed. 54. Leyser Meditat. ad Pand. Vol III. Specim. CLXIV. medit. 8. Specim. CLXVI. med. 2. und Specim. CCXXVI. medit. 4. Hufeland a. a. O. not. a.

Meinung derjenigen [88]) gegründet zu seyn, welche den Kindern das mehrgedachte Pfandrecht nur in dem Falle einräumen wollen, wenn der Vater auch zugleich die Nutznießung von dem Vermögen seiner Kinder hat. Denn die angeführten Gesetze reden bloß von der Administration; der väterliche Nießbrauch aber kann schon darum nicht als Grund der gesetzlichen Hypothek der Kinder angesehen werden, weil dem Vater, wenn er auch den Nießbrauch nicht hat, dennoch, sofern kein anderer Curator bestellt worden, das nächste Recht zur Administration gebührt [89]). Eine stillschweigende Hypothek steht

2) den Kindern der ersten Ehe auch an dem Vermögen des zur andern Ehe übergegangenen Parens in Ansehung derjenigen Güter zu, welche derselbe durch die Freygebigkeit des erstern Ehegatten erworben hatte, wovon aber das Eigenthum durch die zweyte Ehe an die Kinder der vorigen Ehe verfallen ist. Diese Hypothek gaben den Kindern zuerst die Kaiser Leo und Anthemius an dem Vermögen der Mutter wegen der durch die zweyte Ehe derselben ihnen zugefallenen lucra prioris matrimonii, welche sich auch sogar auf diese lucra nuptialia selbst mit erstreckte, und von der Zeit an ihren Anfang nahm, da

88) Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1182. von Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 114. S. 472.

89) *L. ult.* §. 1. *Cod. de bonis quae liberis. Ant.* Faber Cod. definit. forens. Lib. VI. Tit. 36. Def. 9. not. 8. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 23. Frommann Diss. de administratione peculii adventitii legitima. §. 36. Westenberg Dig. h. t. §. 12. nr. 3. Hellfeld cit. Diss. §. 31. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 943.

da die Mutter diese Güter erhielt, gleichsam als hätte sie nie das Eigenthum daran gehabt [90]). Die Worte dieser im Jahr 469. gegebenen Verordnung lauten in der *L.* 6. §. 2. *Cod. de secundis nuptiis* folgendermassen. Omnibus videlicet iisdem *maritalibus facultatibus*, his etiam, quas habet habiturave est, tanquam si iure pignoris, vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione, vel rebus aliis, ad eam ex mariti substantia dovolutis, *ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, liberis obligatis:* ut si quis post traditas matri, vel detentas ab ea res (si ita contigerit) contractum aliquem cum eadem muliere inierit, quae se repetitis nuptiis copulaverit: in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeantur: liberis, qui ex eodem matrimonio procreati sunt, et nepotibus neptibusque, qui ex eiisdem liberis geniti sunt, sine dubio praeponendis. Erst Kaiser Justinian hat nachher dieses Pfandrecht durch die *L.* 8. §. 4. *Cod. eodem* im Jahre 528. auch auf die lucra nuptialia des Vaters ausgedehnt. In illo etiam veterem Sanctionem adimplentes, sagt er, praecipimus *exemplo matris*, cuius res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis in hypotheca suppositae sunt, ad conservanda eis lucra, quae ex priore matrimonio ad eam pervenerunt: *patris quoque bona, quae habet, habiturusque est, filiis ex priore matrimonio natis post secundas*

90) *Io. Iac.* Wissenbach Commentat. in libros VII. prior Cod. ad L. 6. §. 2. de Sec. Nupt. Hellfeld cit. Diss. §. 39. und Meißner §. 127 — 130.

das eius nuptias, ad ea conservanda, quae ex eorum matre lucratus est, supposita esse. Diese Hypothek kommt den Kindern vorzüglich alsdann zu statten, wenn die lucra nuptialia nicht mehr in Natur vorhanden sind, denn die noch vorhandenen Sachen können die Kinder vindiciren. Hat die Mutter oder der Vater von diesen lucris nuptialibus noch vor der zweyten Ehe an einen Andern, als an eins der Kinder der ersten Ehe, Etwas verschenkt, oder auf eine andere Art veräussert; so wird diese Veräusserung ungültig, wenn nachher die Mutter oder der Vater zur andern Ehe schreitet. Denn das Eigenthum an den lucris prioris matrimonii erwirbt der überlebende Ehegatte nur unter der resolutiven Bedingung, wenn er sich nicht wieder verheyrathen wird. Tritt diese Bedingung ein, so hört das Eigenthum an diesen Gütern auf, eben so, als hätte es der Ehegatte nie gehabt. Daher verliert nun auch die vorher geschehene Veräusserung ihre Gültigkeit. Indessen bleibt die Ungültigkeit derselben doch noch so lange in suspenso, bis gewiß ist, daß die Kinder der erstern Ehe den Parens, von welchem die Veräusserung geschehen ist, überlebt, oder selbst wieder legitime Descendenz hinterlassen haben. Denn sind die Kinder vor dem parens binubus gestorben, und dieser ist allein derselben Erbe geworden, so bleibt die Veräusserung gültig [91]). Hieraus erklärt sich nun, warum die Hypothek, die den Kindern in Ansehung der durch den Uebergang der Eltern zur zweyten Ehe auf sie verfallenen Güter an dem Vermögen des parentis binubi zusteht, schon ihren Anfang nimmt, ehe noch das Eigenthum dieser

91) *Nov. II. cap.* 2.

ser Güter auf die Kinder übergegangen war, und also schon von der Zeit anfängt, da der parens die lucra nuptialia erhält [92]). Endlich haben

3) auch die Kinder in dem Falle, da die Mutter die Vormundschaft über dieselben führte, allein vor deren Beendigung und erfolgten Ablegung der Rechnung zur andern Ehe schritt, ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Stiefvaters, welches durch die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian vom Jahre 439. *L.* 6. *Cod. h. t.* ist eingeführt worden [93]). Si mater, so lauten die Worte dieser Constitution, legitime liberorum tutela suscepta, ad secundas, contra sacramentum praestitum, adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eiusque, quod debetur ex ratione tutelae gestae, persolverit: *mariti quoque eius praeteritae tutelae gestae ratiociniis bona iure pignoris tenebuntur obnoxia.* Justinian führt nochmals den Inhalt dieser Verordnung in der *Nov. XXII. Cap.* 40. an, wenn er sagt: Sin autem mater liberorum: impuberum scilicet, tutelam gerat, seque secundas nuptias non inituram iuret, deinde priori conjugio et juramento contemto secundas nuptias neque tutore prius petito, neque redditis rationibus, neque eo, quod exinde debet, soluto, contrahat, *lex non solum bona eius hypothecae iure liberis tenere permittit, verum etiam in mariti substantia hypothecam constituit.* Diese Hypothek

92) Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 130.

93) von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 113. Meißner §. 117. nr. 3.

pothek nimmt ihren Anfang von der Zeit an, da die Mutter sich mit dem Stiefvater der Kinder verheyrathete, und findet wegen alles desjenigen Statt, was die Kinder aus der vormundschaftlichen Verwaltung ihres Vermögens zu fordern haben, obwohl auch dafür das Vermögen der Mutter, als welches ebenfalls wegen der geführten Vormundschaft den Kindern gesetzlich verpfändet ist [94]), zur Befriedigung der Kinder haftet [95]). Ueberhaupt aber ist

VII. den Pupillen und Minderjährigen das ganze Vermögen ihrer Vormünder gesetzlich verpfändet, so wie auch den unter der Curatel stehenden Wahnsinnigen das Vermögen ihrer Curatoren, ohne Unterschied, die Vormünder seyen von der Obrigkeit bestellt, oder gesetzlich berufen, oder testamentarische [96]).. Diese Hypothek fängt von dem Augen-

94) *L.* 2. *V.* 35. *Cod. Quando mulier tutelae officio fungi potest.*

95) Gesterding Pfandr. §. 18. S. 113. v. Gmelin §. 113.

96) *Henr. God.* Bauer Diss. de pignore pupilli. *Lipsiae* 1760. *Eiusd.* Diss. de tacita hypotheca pupillo in bonis tutoris allodialibus pariter atque feudalibus in territorio atque extra territorium sitis competente. *Ibid.* 1761. *Eiusdem* Diss. Ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris afficiat? *ibid. eodem. Ge. Frid.* Deinlin Diss. de transitu hypothecae tacitae in bonis tutoris ad heredes pupilli. *Altorfii* 1724. *Henr.* Brokes Diss. de tacita pupilli hypotheca per mutuum tutoris non exspirante. *Ienae* 1750. *Sim. Frid.* Segniz Diss. de hypotheca pupilli tacita bona tutoris post finitum administrationis officium quaesita afficiente. *Altorfii* 1789. u. *Arn.* Iken de pupillorum ac minorum in bonis tutorum curatorumve pignore eatque privilegio retractat aquaestio. *Marburgi* 1779.

Augenblicke an, da dem Vormund die Vormundschaft übertragen, und er dieselbe zu übernehmen verpflichtet war; und ist wegen aller aus der Tutel oder Curatel herrührenden Ansprüche und Forderungen begründet [97]). Ueber den Ursprung dieser Hypothek sind die Rechtsgelehrten nicht einverstanden. Die meisten [98]) halten den Kaiser Constantin den Großen für den Urheber derselben, und glauben die erste sichere Spur in einem Rescript vom Jahr 314. gefunden zu haben. Es ist *L.* 20. CV. 37.) *Cod. de administrat. tutor. vel curator.* Allein auch davon abgesehen, daß überhaupt die römischen Kaiser durch Rescripte nicht leicht ein neues Recht einzuführen pflegten [99]); so zeigt der ganze Inhalt dieses Rescripts, daß der Kaiser Constantin nur nach dem schon damals bekannten Rechte gesprochen habe. Die Worte dieser Constitution, so wie wir sie in dem Justinianeischen Codex lesen, müssen Jeden davon überzeugen. Sie lauten folgendermaßen.

Imp.

97) *L.* 20. *Cod. de admin. tutor. L.* 2. *Cod. Quando mulier tut. officio fungi potest. L.* 6. *Cod. h. t. L.* 5. *C. de legitim. tutor. L.* 7. §. 5. *et* 6. *Cod. de curat. furiosi L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxor. actione.*

98) *Ant.* Faber Iurisprud. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. III. Illat. 11. pag. 767. (*Lugduni* 1607.) *Ulr.* Huber Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 4. Brokes cit. Diss. §. 12. Schnorr Hist. de pignorib. tacite contract. §. 12. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 233. Meißner §. 114.

99) Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 38.

Imp. CONSTANTINUS A. *Eusemianae.* Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, et si tutor vel curator quis constitutus, res minorum non administraverit[100]). Dat. VII. Kal. April. Treviris, *Volusiano* et *Anniano* Conss. 314.

Mit Recht halten daher andere [1]) die Hypothek der Unmündigen für älter. Zwar hatte das ältere Recht für die Sicherheit derselben auf mancherley Art gesorgt. Der Vormund mußte Caution durch Bürgen leisten [2]); und war diese nicht geleistet worden, so stand den Pupillen ein persönliches Vorzugsrecht an dem Vermögen des Vormunds zu [3]). Man ertheilte dieses Privilegium auch der Billigkeit wegen allen denen, welchen wegen ihrer persönlichen Verhältnisse Curatoren bestellt werden müssen z. B. den Wahnsinnigen, und andern mit einem körperlichen Gebrechen behaf-

100) Diese letzte Periode steht nicht im Cod. Theodos. wo diese Constitution Lib. III. Tit. 19. Const. 1. befindlich ist. Sie ist daher ohne Zweifel ein Zusatz vom Tribonian.

1) *Iac.* GOTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de administrat. et peric. tutor. et curator. Tom. I. pag. 365. der Ritterschen Ausgabe. *Franc.* BALDUINUS de pign. et hyp. Cap. 7. §. *Secunda. Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. *Ant.* SCHULTING Thesium controv. Decad. LXXVII. Th. 4. *Ios.* FINESTRES in Hermogen. iuris Epitomar. libros Commentar. ad L. 25. D. de tut. et rat. distrah. §. 5. sqq. pag. 817. IKEN cit. Diss. BAUER Diss. de pignore pupilli §. 11.

2) *Pr. I. de Satisdat. tutor. vel curator.*

3) *L.* 25. *D. de tut. et ration. distrah.*

behafteten Personen, auch sogar den gerichtlich erklärten Verschwendern [4]. Dennoch waren durch jene Sicherheitsmittel diese der fremden Vorsorge und Pflege bedürftigen Personen noch nicht hinlänglich gegen allen besorglichen Schaden gedeckt. Denn in wie vielen Fällen wurde nicht von dem Vormund gar keine Satisdation geleistet? [5]) und was half den Pupillen das persönliche Vorzugsrecht vor andern Gläubigern, wenn der Vormund sein Vermögen verschwendet hatte? nicht zu gedenken, daß dieses Privilegium, als ein bloß persönliches nicht einmal auf die Erben der Pupillen überging? [6]) Es muß ihnen also gewiß auch frühzeitig eine Hypothek ertheilt worden seyn. Von wem? läßt sich freylich nicht bestimmen, vielleicht war es Marcus Antoninus, der sich in mancherley Hinsicht der Pupillen und Minderjährigen so vorzüglich annahm [7]). Denn zu den Zeiten der Kaiser Severus und Antoninus muß sie schon eingeführt gewesen seyn, wie aus einem Rescript derselben, nämlich der *L. un.* (IV. 53.) *Cod. Rem alienam gerentibus non interdicti rerum suar. alienation.* erhellet. Sie stellen hier den Satz als gemeines Recht auf: Non est

4) *L.* 19. §. 1. *L.* 20. 21. *et* 22. *D. de rebus auct. iudicis possid.*

5) *Pr. I. de Satisdat.*

6) *L.* 42. *D. de administrat. tutor. L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid. Car. Frid.* Walch Progr. de privilegio pupilli eius heredi denegato. *Ienae* 1769.

7) *Iul.* Capitolinus in vita M. Antonini cap. 10 et 11. S. *Io. Iustin.* Weissmantel Diss. de interpretatione legis dubiae, qua valor hypothecar. tacitar. anno huius seculi trigesimo quarto restitutus est. *Erford.* 1798. §. 18.

est interdictum tutoribus vel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, *cum sua causa* res suas alienare; und ziehen hieraus den Schluß: Potuit ergo curator tuus fundum suum *cum suo onere* obligare fisco nostro: nam et privato potuisset. Der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier unter causa nichts anders, als onus hypothecae verstanden werden kann [8]. Daß aber in dem Falle, der hier entschieden wird, eine Hypothek, wie man einzuwenden pflegt, durch Vertrag bestellet worden, davon enthält das Gesetz kein Wort, es muß vielmehr, so wie die Worte desselben gefaßt sind, die Regel gewesen seyn, daß die Güter der Vormünder den Pupillen und Pflegbefohlnen tacito iure haften; und die Frage war nur die, ob diese Hypothek eine Veräusserung oder anderweite Verpfändung derselben hindere? welche hier verneinend entschieden wird, weil die Hypothek mit der Sache, worauf sie haftet, auf jeden Besitzer übergeht. Wäre nicht schon vor Constantin dem Großen das Vermögen der Vormünder wegen der Administration den Pupillen tacito iure verpfändet gewesen, wie hätte wohl der Zweifel entstehen können, welchen die Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 17. *Cod. de administrat. tutorum* lösen, ob diejenigen, welche eine Vormundschaft verwaltet haben, über ihr Vermögen testiren, oder etwas von ihrem Vermögen verschenken dürfen? Nur wegen des Anfangs dieser Hypothek scheint man vor Justinian nicht einig

8) Die Richtigkeit dieser Erklärung wird vorzüglich durch *L.* 12. *C. de distract. pignor.* und *L.* 3. *C. de remiss. pignor.* bestärkt.

einig gewesen zu seyn, ob sie erst dann, wenn der Schade wirklich geschehen, und der Vormund deshalb zum Ersatz verurtheilt worden ist, oder schon gleich von der Zeit an beginne, da der Vormund zur Uebernehmung der übertragenen Vormundschaft verpflichtet war. Godofroi [9]) macht dieses dadurch glaublich, weil die *L.* 6. §. 4. *Cod. de bonis, quae liberis,* wo Justinian bestimmt, ex quo tempore hypothecas tacitas pro officio administrationis competere oporteat, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est? auch mit auf die stillschweigende Hypothek der Pupillen und Pflegbefohlnen sich bezogen habe, wie daraus erhelle, weil die *L. ult. Cod. de legitima tutela,* welche mit jener Verordnung von einem Datum ist, einen Theil derselben ausgemacht habe. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so scheint doch Godofroi darin offenbar Unrecht zu haben, wenn er glaubt, daß sich das Antejustinianeische Recht für die Meinung erklärt habe, als ob die Hypothek der Pupillen erst, nach geendigter Vormundschaft, von der Zeit an ihren Anfang nehme, da der Vormund wegen des aus der Verwaltung schuldig gebliebenen Rests verurtheilt worden ist, wenn ihm auch Gregorius Majansius [10]) hierin beystimmt. Denn nicht zu gedenken, wie schlecht dann die Gesetzgeber für die Pupillen gesorgt haben würden, wenn sie eine solche Meinung hätten aufkommen lassen wollen; so ist auch wirklich der Grund, welcher aus den Worten der *L. un. Cod. Rem alienam gerentibus,* nämlich

9) Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de administr. tutor. Tom. I. pag. 366.

10) Disputat. iuris civ. Tom. I. Disput. X. §. 8. pag. 174.

lich *etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti*, hergenommen wird, da hier der Fall eines Schuldrests bey dem Vormunde nur blos hypothetisch angenommen ist, zur Unterstützung derselben viel zu schwach, und widerlegt sich aus den klaren Worten der *L.* 20. *Cod. de administrat. tutor.* **Pro officio administrationis** tutoris vel curatoris bona tanquam pignoris titulo obligata, welche zu deutlich ausdrucken, daß den Pupillen schon gleich vom Anfange der Vormundschaftsverwaltung an ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihrer Vormünder zustehe, als daß man daran zweifeln könnte, daß dieses wenigstens die herrschende Meinung schon vor Justinian gewesen seyn müsse. Die Worte: *si debitores existant*, wird man uns vergeblich entgegensetzen. Denn man kann immerhin zugeben, daß sich erst aus der Ablegung der Rechnung ergeben muß, ob der Vormund schuldig bleiben wird, *cum rationes reddere*, sagt African[11]), nihil aliud sit, quam reliqua solvere; folgt denn aber daraus, daß der Anfang der Hypothek, welche sich ja auf das ganze Vermögen des Vormunds erstreckt, und gerade auf den Fall eines möglichen Schuldrests ertheilt ist, erst von jener Zeit an zu rechnen sey? Hierzu kommt noch, daß der Vormund nach der dem Rescript des Kaisers Constantin vom Tribonian angehängten Clausel nicht blos wegen schlechter Verwaltung haftet, sondern auch wenn er die Verwaltung verabsäumt hat[12]); z. B. wenn er das in Einnahme

11) *L.* 32. *D. de condit. et demonstrat.*

12) Vid. *Lib. V. Tit.* 55. *Cod. Si tutor vel curator non gesserit.*

me zu bringen und zur Pupillen-Kasse zu zahlen unterließ, was er dem Vater desselben schuldig war. Denn da der Vormund wegen einer solchen Schuld mit der actio tutelae belangt werden kann [13]), wer mag daran zweifeln, daß auch darauf die gesetzliche Hypothek des Pupillen gehe? [14]) Durch die Verordnung des Kaisers Justinian in *L.* 6. §. 4. *Cod. de bonis, quae liberis* ist nun freylich aller Zweifel gehoben, worin für die ältern und neuern Gesetze, wodurch stillschweigende Hypotheken wegen der Administration fremder Güter eingeführt worden sind, durch authentische Interpretation der Grundsatz aufgestellt ist, *initium gerendae vel deserendae administrationis*, vel observationis esse spectandum, et non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit. Das gesetzliche Pfandrecht ward jedoch ursprünglich blos zu Gunsten der Pupillen und Minderjährigen eingeführt. Der Kr. Constantin gedenkt in dem oben angeführten Rescript ausdrücklich nur der Minderjährigen, unter welcher Benennung er jedoch die Unmündigen unstreitig mit begriff [15]). Daher sagt auch Justinian in der *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae act.* Quemadmodum *in administratione pupillarium rerum*, et in aliis multis iuris articulis, *tacitas hypothecas inesse* accipimus. Justinian aber ertheilte dasselbe durch die *L.* 7.

§. 5.

13) *L.* 5. §. 4. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 9. §. 1. *D. eodem.*

14) Brokes Diss. de tacita pupilli hypotheca per mutuum tutoris non exspirante. §. 17. 29. et 30. Struben rechtliche Bedenken. 4. B. Bed. 149. von Quistorp rechtl. Bemerkungen 1. Th. Bem. 28.

15) S. Bauer Diss. cit. de pignore pupilli. §. 24.

§. 5. *et* 6 *Cod. V.* 70. *de Curatore furiosi* im Jahre 530. auch den unter der Curatel stehenden Wahnsinnigen, nach dem Beyspiele der Minderjährigen [16]). Er sagt nämlich: Et si quidem parens curatorem furioso vel furiosae, in ultimo elogio heredibus institutis, vel exheredatis, dederit, ubi et fideiussionem cessare necesse est, paterno testimonio pro eius satisdatione sufficiente: ipse, qui datus est, ad curationem perveniat: ita tamen, ut inventario cum omni subtilitate publice scripto, res suscipiat, et eas secundum sui opinionem disponat *sub hypotheca rerum ad eum pertinentium ad similitudinem tutorum, et curatorum adulti.* §. 6. Sin autem testamentum quidem parens eius non confecerit, lex autem curatorem utpote agnatum vocaverit, vel eo cessante, aut non idoneo forsitan existente, ex iudiciali electione curatorem ei dare necesse fuerit, tunc secundum praefatam divisionem — creatio procedat: — eadem observatione et pro iureiurando, et pro inventario et satisdatione et *hypotheca rerum curatoris* modis omnibus adhibenda. Ob nach dem Geiste dieser Gesetze auch die Verschwender, welche unter die Curatel gesetzt sind, ferner die Gebrechlichen, und überhaupt alle, der Aufsicht und Vorsorge eines Pflegers bedürfende Personen an den Gütern ihrer Curatoren ein stillschweigendes Pfandrecht haben? ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele [17])

K 2 wollen

16) Bauer cit. Diss. §. 31. et 32.

17) *Io.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 13. *Matth.* Berlich Conclus. pract. P. I. Concl. LXVII. nr. 23. *Corn. van*

wollen ihnen dasselbe einräumen. Sie sagen, der Curator solcher Personen sey in Rücksicht seines Amts an dieselben Gesetze gebunden, denen auch die Curatoren der Minderjährigen unterworfen sind. Nun sind die Güter des Curators eines Minderjährigen pro officio administrationis, wie Kr. Constantin der Große sagt, gesetzlich verpfändet, also müsse auch den übrigen unter der Curatel stehenden Personen eine gleiche Hypothek eingeräumt werden. Dieser Schluß werde sich aber noch mehr rechtfertigen lassen, wenn man den Grund untersuche, warum den Minderjährigen an den Gütern ihrer Curatoren ein Pfandrecht ertheilt worden ist. Dieser beruhe nun nicht sowohl in einer besondern Begünstigung des minderjährigen Alters, als vielmehr in einem diesem Alter eigenen Mangel an Erfahrung, Klugheit, und Ueberlegung, so wie sie zur eigenen Verwaltung des Vermögens erfordert wird. Gerade dieser Grund passe auch auf gerichtlich erklärte Verschwender, welche wegen der schlechten Verwaltung ihres Vermögens in den Gesetzen sogar mit den Ra-

van Eck Princip. iur. civ. h. t. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 77. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. 2. Membr. 3. §. 26. *Henr. Ern. Gottl.* Plath Commentat. de hypotheca tacita prodigo in bonis curatoris sui competente. (im Niedersächs. Archiv für Jurisprud. und jurist. Literatur herausgegeben von Dr. Koppe 2. Band Nr. 24. S. 253 — 272.) *Bern. Henr.* Frister Diss. de privilegio creditorum personali. §. 16. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 5. B. Med. 270. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Band. §. 1656. und Theod. Maxim. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. S. 352. lit. *γ*.

Rasenden in eine Klasse gesetzt würden. Nicht nur in dem Gesetz der zwölf Tafeln heiße es: *Si furiosus aut prodigus existat, ast ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniave eius potestas esto* [18]); sondern auch **Ulpian** sage ausdrücklich *L.* 1. *D. de curatoribus furioso et aliis extra minor. dandis*: Lege XII. Tabb. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio: quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, *curatorem ei dare exemplo furiosi*. Eben diese Vergleichung zwischen Verschwendern und Rasenden werde auch in den Verordnungen des Codex angestellt, wie aus *L.* 1. *Cod. de curatore furiosi vel prodigi* erhelle. Wird nun dem erklärten Verschwender ein Curator nach dem Beispiele eines Verstandeslosen gegeben, so könne auch zwischen beyder Curatoren um so weniger ein Unterschied statt finden, da man es, wie Kr. **Divus Pius** bey **Ulpian** *L.* 12. §. 2. *D. de tutorib. et curator. datis* rescribirt, für billig gehalten, für den einen, wie für den andern zu sorgen [19]). Steht aber dem Wahnsinnigen ein stillschweigendes Pfandrecht an den Gütern seines Cu-

18) S. *Iac.* Gothofredus in Fontibus quatuor. iuris civ. Tab. V. und **Fried. Hoppe** Versuch einer systemat. und critischen Bearbeitung der Lehre von juridischen Verschwendern (**Giessen** und **Darmstadt** 1803.) §. 5.

19) *Nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.*

Curators zu, warum sollte dasselbe dem erklärten Verschwender an den Gütern seines Curators versagt seyn? Der Prodigus hatte ja nach dem Recht der Pandecten das nämliche Privilegium, oder persönliche Vorzugsrecht, welches dem Pupillen, dem Rasenden, dem Tauben, dem Stummen und andern ihrer Gebrechlichkeit wegen unter Curatel stehenden Personen ertheilt war. Dieß lehren Ulpian, Paulus und Cajus *L.* 19. §. 1. *L.* 20. *L.* 21. *et L.* 22. *pr. D. de rebus auctoritate iudiciis possid.* und zwar sagt Ulpian: *aequissimum erit*, caeteris quoque, *quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur*, idem privilegium competere. Sollte es denn nun nicht eben so billig seyn, den Verschwendern, wenn ihnen einmal ein Curator gegeben worden ist, auch ein gleiches stillschweigendes Pfandrecht an den Gütern desselben einzuräumen? Man gehe auch hier gar nicht über die Gränzen einer richtigen Auslegung hinaus, weil das Gesetz selbst diese Ausdehnung billige. Denn so lehre Paulus *L.* 15. §. 1. *D. de curatorib. furioso et aliis dand.* In bonis curatoris privilegium furiosi furiosaeque servatur. Prodigus, et omnes omnino, *etiamsi in Edicto non sit eorum mentio*, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur. Es sey dieses auch ganz der Natur der Sache gemäß; denn wird nach Ulpian dem Verschwender ein Curator exemplo furiosi gegeben; so mußte ihm auch ein gleiches Vorzugsrecht an dem Vermögen seines Curators zugestanden werden. Dennoch haben sich viele [20]) durch diese Gründe nicht

20) *Ant.* Faber in Iurisprud. Papinianeae Scientia. Tit. XII. Princ. III. Illat. 11. p. 767. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand.

nicht überzeugen lassen, sondern sprechen den Verschwendern eben so, wie allen andern, welche, außer den Minderjährigen und Wahnsinnigen, ihres persönlichen Zustandes wegen, Curatoren erhalten haben, eine stillschweigende Hypothek an den Gütern ihrer Curatoren ab. Sie wenden ein, es folge nicht, weil der Verschwender in Rücksicht auf Curatel dem Wahnsinnigen gleichgestellt werde, daß nun auch ein gleiches Rechtsverhältniß zwischen beyder Curatoren Statt finden müsse. Es wäre ja gleich Anfangs bey den Blödsinnigen der nämliche Grund, wie bey den Pupillen und Minderjährigen, vorhanden gewesen, ihnen einen Curator zu geben, und dennoch habe Kr. Constantin nur den letzteren, aber nicht den ersteren ein stillschweigendes Pfandrecht ertheilt, bis diese endlich ein solches vom Kr. Justinian erhalten hätten. Nun sey das stillschweigende Pfandrecht bey den Curatoren der Wahnsinnigen ad similitudinem tutorum et curatorum adulti eingeführt. Hätte es bey allen Curatoren Statt finden sollen, so würde Justinian nicht blos die Curatores adulti zum Muster angeführt haben. So wie es also in der Willkühr des Gesetzgebers stand, den Wahnsinnigen das stillschweigende Pfandrecht nach dem Beyspiele der Minderjährigen zu ertheilen, so stand es auch bey ihm, dieses Pfandrecht den Verschwendern zu versa-

Pand. h. t. §. 54. Bauer Diss. cit. de pignore pupilli. §. 33 — 36. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1183. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 112. S. 456. und §. 134. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 234. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Band §. 303. Malblanc Princ. iuris Rom. P. II. Sect. post. §. 573. nr. II. u. a. m.

versagen, und es in Ansehung ihrer bey dem Rechte der Pandecten zu lassen. Ueberdem sey aber auch ein Verschwender von einem Rasenden zu sehr unterschieden, als daß von dem einen auf den andern sicher geschlossen werden könnte. Denn letzter sey seines Verstandes völlig beraubt, und sein unglückliches Loos mache ihn des höchsten Mitleids würdig. Dieses Mitleid verdiene aber kein Verschwender, welcher taub gegen die Stimme der Vernunft, sich selbst durch seine den gerechtesten Unwillen erweckende Lebensart das ihn betreffende Loos bereitet habe. Hierzu komme noch der besondere Umstand, daß die Curatel über den Verschwender in den Gesetzen den nächsten Intestaterben übertragen werde, welche schon, um ihres eigenen Vortheils willen, für treue Verwaltung des Vermögens sorgen werden. Wenn aber auch dieß alles nicht wäre, so würde schon die Regel entscheiden, daß abändernde Gesetze, wodurch zumal ein besonderes Recht eingeführt wird, jederzeit eine solche Erklärung erheischen, bey welcher so wenig, als möglich, vom gemeinen Rechte abgewichen wird [21]). Endlich lasse sich von dem persönlichen Vorzugsrechte, welches allerdings auch den Verschwendern so gut, als andern Pflegbefohlnen, eingeräumt war, auf die stillschweigende Hypothek kein gültiger Schluß machen. Dieß sind nun die Gründe für beyde Meinungen; wägt man sie sorgfältig auf der Wagschale der Critic ab, so werden sichtbar die Gründe für die erste Meinung das Uebergewicht behalten. Schon der einzige Grund giebt den Ausschlag, daß die Curatel der Verschwender nach dem Bey-

21) *L.* 14. *D. de Legib.* *L.* 141. *pr. D. de div. Reg. iuris.*

Beyspiele der Rasenden ist eingeführt worden [22]), und sich auf eine billige Vorsorge der Gesetze gründet [23]). Geben nun die Gesetze den Wahnsinnigen zu ihrer Sicherheit eine Hypothek an dem Vermögen ihrer Curatoren [24]); so versteht sichs ja von selbst, daß sie auch den Verschwendern, und allen, welche die Gesetze den Blödsinnigen gleichachten, gestattet werden müsse, wenn auch das Gesetz ihrer namentlich keine Erwähnung thut; gerade eben so, wie man diesen Personen das den Rasenden an den Gütern ihrer Curatoren gestattete persönliche Vorzugsrecht auch aus dem angeführten Grunde einräumen zu müssen glaubte, etiamsi in Edicto non fit eorum mentio, wie Paulus sagt *L.* 15. §. 1. *D. de curator. furios.* Es ist dieses auch nicht sowohl eine Ausdehnung, wie man glaubt, als vielmehr wahre Auslegung des Gesetzes, welche der Zweck desselben, der nämlich dahin geht, das Beste dieser Personen zu befördern, nothwendig macht, wenn nicht das, was zum Nutzen derselben verordnet worden ist, auf eine höchst unbillige Art zu ihrem Nachtheil gereichen soll. Nulla enim iuris ratio, sagt Modestin [25]), aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severi-

22) *L.* 1. *pr. D. de curator. furios.*

23) *L.* 12. §. 2. *in fin. D. de tutor. et curator. dat.*

24) *L.* 7. §. 5. *et* 6. *Cod. de curatore furiosi vel prodigi.*

25) *L.* 25. *D. de Legibus.* Add. *L.* 6. *L.* 14. *Cod. eodem. L.* 19. *in fin. IV.* 21. *Cod. de fide instrum.* S. Hufelands Abhandlungen aus dem Civilrechte. 1. B. S. 112.

severitatem. So zerfallen denn die Gründe der zweyten Meinung von selbst, ohne einer weitern Widerlegung zu bedürfen. So wie dagegen nach dem Recht der Pandekten das persönliche Vorzugsrecht bey allen denjenigen Curatoren wegfiel, welche blos der Güter wegen bestellt worden, ohne mit der Aufsicht über die Person des Eigenthümers zu thun zu haben, z. B. bey den Curatoren der Abwesenden, der Concursmassen, liegender Erbschaften u. dgl. [26]), so findet auch an den Gütern derselben die stillschweigende Hypothek nicht Statt [27]).

Uebrigens ist in Ansehung der Vormünder und Curatoren kein Unterschied, ob sie testamentarische, gesetzliche oder von der Obrigkeit bestellte [28]), wirklich verwaltende, oder blos zur Aufsicht über dieselben gesetzte, oder blos rathgebende sind [29]). Auch wenn die Mutter die Vormundschaft über ihre ehelichen oder unehelichen Kinder übernimmt,

26) *L.* 22. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* Sed si *bonis curator datus sit*, vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate: *non oportebit privilegium dari.* Non enim in eadem causa est. — *L.* 24. *D. eodem.* Si ventri curator datus sit, nec partus editus, privilegium cessabit.

27) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 55. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 112.

28) *Nov. CXVIII. cap.* 5. *L.* 5. *Cod. de legit. tutela. L.* 7. §. 5. *Cod. de curatore furiosi.* Bauer Diss. de pignore pupilli. §. 12. sqq. Meißner vom stillschweig. Pfandrecht §. 117.

29) *L.* 1. *Cod. de periculo tutor. L.* 6. §. 4. *Cod. de bonis, quae liberis.* Verb. vel *observationis.* Bauer cit. Diss. §. 17. sqq.

nimmt, so ist ihr Vermögen, gleich dem eines andern Vormunds, den Kindern gesetzlich verpfändet[30]). Ob aber auch das den Pupillen zustehende stillschweigende Pfandrecht sich auf das Vermögen eines Protutors erstrecke? ist sehr streitig. Ich bemerke vor allen Dingen, daß unter einem Protutor derjenige verstanden wird, welcher zwar nicht zum Vormund bestellt ist, sich aber doch entweder in gutem Glauben dafür hält, oder betrügerisch dafür ausgiebt[31]); letzter wird in Rücksicht des Dritten, der mit den Pupillen unter seiner Auctorität contrahirt hat, falsus tutor genennt[32]). Daß in den Pandecten den Pupillen an den Gütern des Protutors ein persönliches Privilegium eingeräumt wird, leidet keinen Zweifel[33]). Allein die Gesetze des Codex, welche den Pupillen eine Hypothek geben, reden ausdrücklich nur von Tutoren, dahingegen findet sich von einer stillschweigenden Hypothek an den Gütern

30) *Nov. XXII. cap.* 40. *in fin.*

31) *L.* 1. §. 1. *D. de eo, qui pro tutore.* (*XXVII.* 5.) Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, fingit tamen esse. S. Voet Comment. ad Pand. T. II. Lib. XXVII. Tit. 5. §. 1.

32(*Vid. Tit.* 6. *Lib. XXVII. D. Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.*

33) *L.* 25. *D. de tutelae et ration. distrah.* Non solum tutelae privilegium datur in bonis tutoris, sed etiam eius qui *pro tutela* negotium gessit. — L. 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* Si quis, cum tutor non esset, *pro tutore* negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est: nec interest, ipse debeat, qui gessit, sive heres eius, caeterique successores.

tern eines Protutors nirgends in den Gesetzen eine Spur. Kein Wunder, wenn einige Rechtsgelehrten sie daher auch nicht wollen Staat finden lassen [34]). Es scheint auch wirklich, genau erwogen, nicht das nämliche Rechtsverhältniß zwischen einem Tutor und Protutor vorhanden zu seyn. Denn letzterer befindet sich insgemein in einem Irrthum, der ihm zu verzeihen ist, und geht er auch mit Betrug um, so hatte er doch nicht die Pflichten eines wahren Vormunds auf sich, und verdient daher doch immer noch weit mehr Schonung, als der wahre Vormund, der seine Pflichten verletzt. Sodann tritt hier auch noch der Unterschied ein, daß gegen einen Protutor sogleich und also auch noch vor dem Eintritt der Pubertät geklagt werden kann [35]), dahingegen die Klage gegen den wahren Vormund erst nach geendigter Vormundschaft Statt findet [36]). Ein Protutor hat daher weniger Zeit und Gelegenheit, dem Pupillen zu schaden, als ein wahrer Vormund, und es scheint also auch weniger Grund vorhanden gewesen zu seyn, den Pupillen gegen die Handlungen eines Protutors, als gegen das Verfahren eines wahren Vormunds durch Hypothek zu sichern. So dürfte sich's denn nun auch sehr wohl erklären lassen, warum Kr. Constantin *L.* 20. *Cod. de adm. tutor.* gerade sagt: pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, tamquam

34) Schweppe Röm. Privatrecht 1. Band. §. 303. und *Iul.* Bingo Diss. an pupillis in bonis eorum, qui pro tutoribus prove curatoribus gesserunt, hypotheca tacita competat? *Heidelbergae* 1816. 8.

35) *L.* 1. §. 3. *D. de eo, qui pro tutore.*

36) *L.* 4. *pr. D. de tutelae et rationib. distrah.*

quam pignoris titulo obligata. Denn ein officium administrationis läßt sich eigentlich nur bey einem wahren Vormund denken, nicht bey dem, welcher unberufen sich zum Vormund aufwirft. Es dürfte also wohl auch noch sehr zweifelhaft seyn, ob die auf jenes ausdrücklich beschränkte Hypothek bey dem Statt finde, bey welchem doch so Manches darum ganz anders ist, quia tutor non est, wie Ulpian sagt *L.* 1. §. 3. *D. de eo, qui pro tutore;* ja bey welchem sich die Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses auf eine recht auffallende Art auch darin äussert, daß ihm kein Verbot entgegensteht, die Mündel zu heyrathen, deren Vermögen er pro tutore verwaltet hat [37]). Aller dieser gewiß nicht unbedeutenden Gründe ungeachtet, behaupten dennoch die meisten Rechtsgelehrten [38]), daß den Unmündigen an dem Vermögen der Protutoren eben so gut, wie an den Gütern der Vormünder, ein

37) *L.* 8. *Cod. de interdicto matrim. inter pupillam et tutorem.* Si quis tutoris vel curatoris nomine usurpato, id est, pro tutore seu curatore negotiorumve gestore res pupillae administraverit, eamque sibi filiove suo copulaverit: tales nuptias stare, et non *ad exemplum tutorum* infirmari sancimus.

38) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 12. *Ant.* Faber Cod. definition. for. Lib. VIII. Tit. 7. Def. 2. Struv Synt. iur. civ. Tom. II. Exerc. XXVI. Th. 15. Bauer Diss. de pignore pupilli. §. 20. et 21. Westphal Pfandrecht §. 76. Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1183. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 573. nr. II. Meißner stillschw. Pfandr. §. 117. nr. 8. S. 315. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 643. VI. Gesterding Pfandrecht. §. 18. VI. S. 112. u. a. m.

ein stillschweigendes Pfandrecht zustehe, und diese Meinung hat den ganz entscheidenden, alles jenes Raisonnement überwiegenden Grund für sich, den die *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae actione* enthält, wo Justinian sagt: in administratione pupillarium rerum tacitam hypothecam inesse. Wer also die Verwaltung von Pupillengütern übernimmt, sie mag ihm als Vormund angetragen seyn, oder er mag sich von freyen Stücken zum Vormund aufgeworfen haben, denn das Gesetz unterscheidet nicht, unterwirft sein Vermögen dem gesetzlich geordneten Pfandrechte. Daß der Protutor sogleich belangt werden kann, auch ehe noch der Pupill die Mündigkeit erreicht hat, steht uns nicht entgegen. Denn auch der Tutor kann sofort zur Verantwortung gezogen werden, sobald man merkt, daß er die Vormundschaft schlecht verwaltet. Hierzu kommt, daß der Protutor für dieselbe Treue und Sorgfalt, wie der wahre Vormund [39]), ja auch sogar für das haftet, was er hätte besorgen sollen, wenn es ein anderer besorgt haben würde [40]). Und es sollte sich dennoch kein officium administrationis bey ihm denken lassen, an welches, um mich der Worte des Kaisers Constantin des Großen zu bedienen, die obligatio taciti pignoris geknüpft ist? Nun beherzige man aber noch, was Ulpian sagt *L.* 1. *pr. D. de eo, qui pro tutore;* Protutelae actionem necessario Praetor proposuit. Nam quia plerumque incertum est, *utrum quis tutor*, *an vero quasi*

39) *L.* 4. *D. de eo, qui pro tutore.* Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

40) *L.* 1. §. 9. *D. eodem.*

quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit: *ut, sive tutor est, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur*. Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit. Ist es also oft so schwer zu unterscheiden, ob Jemand als Tutor oder Protutor die Vormundschaft verwaltet hat, hat sich deswegen der Prätor bewogen gefunden, für beyde Fälle eine gleich wirksame Klage einzuführen; so muß ja wohl nothwendig die obligatio pignoris mit der actio protutelae eben so wohl, wie mit der actio tutelae verknüpft seyn, wenn nicht der Pupill offenbar der Gefährde Preis gegeben werden soll. Hierin beruhet auch der Grund, warum man den Pupillen das persönliche Vorzugsrecht an den Gütern des Protutors so gut, wie an den Gütern des Tutors gestattete [41]). Ueberdem kann ja der Protutor, wie Javolen [42]) lehrt, ein wirklich bestellter Vormund seyn, er weiß es aber nicht. Hier haftet er auch actione protutelae, quia scire quoque, se tutorem esse, debet, ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat. Und dieses Irrthums wegen sollte also hier die obligatio pignoris wegfallen? wer wollte das behaupten? Es versteht sich jedoch, daß diese Hypothek erst von Zeit der übernommenen Verwaltung ihren Anfang nehmen könne [43]).

An

41) *L. ult. D. de tutelae et rationibus distrahend.*

42) *L. 3. D. eodem.*

43) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. und Müller ad Struvii Synt. iuris civ. Exercit. XXVI. Th. 15. not. k. Tom. II. pag. 23.

An dem Vermögen des Magistrats, gegen welchen die actio tutelae subsidiaria begründet ist, findet hingegen keine stillschweigende Hypothek Statt [44]; die Gesetze gestehen in Ansehung desselben den Pflegbefohlnen nicht einmal ein persönliches Vorzugsrecht zu. Privilegium, sagt Ulpian *L.* 1. §. 14. *D. de magistrat. conveniendis*, in bonis Magistratus pupillus non habet, sed cum caeteris creditoribus partem habiturus est.

Daß die Hypothek, welche die Gesetze den Pupillen und andern Pflegbefohlnen an den Gütern ihrer Vormünder und Curatoren geben, als ein dingliches Recht, nicht bloß auf die Person derselben beschränkt seyn könne, sondern auch auf ihre Erben übergehe, wäre kaum zu bemerken nöthig, wenn nicht so viel ältere [45]) und neuere Rechtsgelehrten [46]), durch einige Stellen der Pandecten [47]) irre geleitet, das Gegentheil behaupteten. Es fällt in die Augen,

44) Bauer Diss. cit. de pignore pupilli. §. 22. et 23. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1183. Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 117. nr. 10. S. 316. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 643. VI.

45) *Matth.* Colerus Decision. P. II. Dec. 274. *Christ. Phil.* Richter Tr. de iure et privileg. creditor. Cap. IV. Sect. I. nr. 77. pag. 220. *Ge.* Frantzkius Commentar. in Dig. Lib. XX. Tit. 1. nr. 34. *Ge. Ad.* Struv Synt. iuris civ. Tom. II. Exerc. XXVI. Th. 20. pag. 22. *Matth.* Berlich Conclus. pract. P. I. Concl. 67. nr. 32. u. a. m.

46) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. und Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1601. not. 1.

47) *L.* 42. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iudic. possid.*

Augen, daß man hier das persönliche Vorzugsrecht, welches den Pupillen und Minderjährigen gegen blos chirographarische Gläubiger an dem Vermögen ihrer Vormünder eingeräumt wird, mit der stillschweigenden Hypothek derselben verwechselt hat. Nur von dem erstern ist in beyden angeführten Stellen der Pandecten die Rede. Es erhellet dieses nicht nur daraus, weil beyde ausdrücklich von dem privilegio pupilli sprechen, der Ausdruck *privilegium creditoris* aber in den Gesetzen blos das persönliche Vorzugsrecht eines Gläubigers vor andern chirographarischen oder persönlichen Gläubigern des Schuldners bezeichnet, wie schon an einem andern Orte [48]) bemerkt worden ist; sondern es läßt sich dieses auch aus der Inscription der *L.* 19. *D. de rebus auct. iud. possid* [49]) beweisen. Diese lehrt uns, daß das angeführte Fragment aus Ulpians *libro LXIII. ad Edictum* genommen ist. Vergleicht man nun alle aus diesem Buche des Ulpian in die Pandecten aufgenommene Stellen, so wie sie Abrah. Wieling [50]) citirt, und Carl Ferd. Hommel [51]) hat abdrucken lassen, so handelt sie von den privilegirten Gläubigern, insofern sie in den Gesetzen [52]) den

48) S. den 18. Th. dieses Commentars, und dessen 2. Abth. §. 1086. S. 394.

49) Dieses Argument hat besonders *Car. Frid.* Walch in Pr. de privilegio pupilli L. XIX. D. de reb. auct. iud. poss. eius heredi denegato. *Ienae* 1769. ausgeführt.

50) Iurisprud. Restituta. pag. 286.

51) Palingenesia libror. iuris veterum. p. 311.

52) *L.* 10. *pr. D. de pactis.*

den hypothekarischen entgegengesetzt werden. Daher geht auch in den glossirten Ausgaben der Pandecten mit der *L.* 16. *D. de rebus auct. iud. possid.* ein neuer Titel an, welcher de privilegiis creditorum überschrieben ist. Nur dieses privilegium pupiliorum ist ein privilegium personae, quae meruit praecipuum favorem, wie Papinian *L.* 42. *D. de admin. et peric. tutor.* sagt, und welches daher, wie Ulpian in der angeführten *L.* 19. lehrt, nicht auf die Erben übergeht. Allein von ganz anderer Beschaffenheit ist die gesetzliche Hypothek der Pupillen und Pflegbefohlnen. Diese ist pro officio administrationis eingeführt [53]), und also nicht sowohl der Person des Pupillen, als vielmehr der administrationi pupillarium rerum, wie Justinian [54]) sagt, beygelegt. Nach dem Beyspiele derselben ertheilte auch Justinian dem Heyrathsgute ein Pfandrecht. Es ist merkwürdig, wie sich Justinian *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxor. act.* ausdrückt: Et ut *plenius* dotibus subveniatur: quemadmodum *in administratione pupillarium rerum*, et in aliis multis iuris articulis, *tacitas hypothecas inesse accipimus:* ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam. Geht nun die Hypothek des Heyrathsguts ohne Zweifel auf die Erben der Ehefrau über [55]), wie war es möglich diese Vererbung bey

53) *L.* 20. *Cod. de admin. tutor.*

54) *L. un.* §. 1. *Cod. de rei ux. act.*

55) *L. un.* §. 6. *Cod. eodem.* *L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pign.* *Chr.* Gmelin Diss. de iure dotis in concursu creditor. §. 4. in fin. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 160.

bey der Hypothek der Pupillen zu bezweifeln [56])? Mit dem Tode des Pupillen erlischt also die ihm an den Gütern seines Vormunds zustehende Hypothek nicht, sondern sie dauert fort, wenn gleich die Vormundschaft schon aufgehört hat, und Rechnung abgelegt ist, bis die aus der Verwaltung der Vormundschaft herrührende Forderungen und Rückstände gänzlich getilgt sind [57]). Als General-Hypothek erstreckt sie sich also auch auf diejenigen Güter, welche der Vormund noch nach geendigter Vormundschaft vor Tilgung seiner Schuld erworben hat [58]). Ein generelles gesetzliches Pfandrecht hat ferner Kaiser Justinian

VIII. den Erben an den Gütern eines Wittwers oder einer Wittwe ertheilt, welchem oder welcher von dem Erblasser, er sey der verstorbene Ehegatte, oder ein Dritter, Etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, hinterlassen worden ist, wegen der Restitution dieses Vermächtnisses auf den Fall, wenn jener Bedingung

L 2 zuwider

56) Man vergleiche noch *Ge. Frid.* Deinlin Diss. de transitu hypothecae tacitae in bonis tutoris ad heredes pupilli. *Altorfii* 1724. Erxleben Princ. de iure pignor. §. 78. not. a. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. 37. Meditat. und Meißner §. 122.

57) Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 121. Gesterding Pfandrecht. §. 18. S. 112. a. E. und Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1183. nr. 4.

58) Gegen Böhmer, welcher in Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 414. nr. 10. das Gegentheil behauptet, hat dieß sehr gründlich ausgeführt *Sim. Frid.* Seoniz in Diss. de hypotheca pupilli tacita bona tutoris post finitum administrationis officium quaesita afficiente. *Altorfii* 1789.

zuwider gehandelt werden sollte. Dieses stillschweigende Pfandrecht, welches von vielen übersehen worden ist [59]), gründet sich in der vom Kaiser Justinian im Jahr 536. promulgirten 22. Novelle, in deren Kap. 44. es nach Hombergk zu Vach heißt: Sancimus igitur, si quis uxorem, vel etiam uxor maritum (idem enim est) secundum matrimonium contrahere prohibuerit, eoque nomine quid reliquerit, ut alter coniugum ex duobus electionem habeat, utrum matrimonium contrahere, et accipiendis renunciare, aut si hoc nolit, sed defunctum honoret, omnino a secundis nuptiis abstinere velit. Sed ne res in suspenso sit, et post longum forte tempus denuo exactio fiat, propterea pulchrum nobis visum est, rem sic definire, ut intra annum quidem nullo modo relictum exigi possit, nisi Sacerdotium alteri personae obveniens capiendi ius praestet, quasi nulla spes nuptiarum reliqua sit. Si vero annale tempus praeterierit, concedimus quidem illi personae, ut relictum capiat, non tamen simpliciter: sed siquidem res immobilis sit, non aliter eam capiat, quam

59) Es haben dieses stillschweigende Pfandrecht angeführt Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 23. Heise im Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts S. 50. Not. 10. der 2. Ausgabe. Heidelberg 1816. 8. und Schweppe im Röm. Privatrecht 1. Bd. §. 303. Nr. 7. Letzterer beschränkt es jedoch offenbar gegen die Worte der *Nov.* 22. *cap.* 44. §. 8. wenn er solches blos den Erben des verstorbenen Ehegatten an dem Vermögen des Ueberlebenden, wegen der dem letzten, unter der Bedingung nicht wieder zu heyrathen, hinterlassenen Güter gestattet.

quam praestito iuramento, *et rebus suis pignori obligatis*, (*id quod etiam* TACITE *hac lege concedimus*) se rem, quae data est, talem, qualem accepit, si secundas nuptias contraxerit, reddituram, restitutis quoque fructibus, quos medio tempore percepit. Sin vero res mobilis sit, et persona, quae vult capere, idoneas facultates habeat, quod relictum est, *sub eadem cautione, et iisdem hypothecis detur.* — — Eandem vero observationem, eandemque rationem introducimus, etiamsi conjuges sibi invicem sub tali conditione non reliquerint, *sed extraneus quis aut marito, aut uxori sub tali conditione quid dari voluerit;* casibus scilicet fortuitis secundum naturam suam, et leges de his latas in dationibus et restitutionibus spectandis. Zu den gesetzlichen General-Hypotheken rechnet man auch noch gewöhnlich [60]).

IX. diejenige, welche Kaiser Justinian den Legatarien und Fideicommissarien an den Erbgütern des Beschwerten in der *L.* 1. §. 1. *Cod. Communia de legatis et fideicommissis* gegeben hat. Andere halten dieses Pfandrecht für ein gemischtes insofern, daß es bald ein generelles, bald ein specielles ist, je nachdem die Erbgüter in der ganzen Verlassenschaft, oder in einzelnen Erbschaftsstücken bestehen. Allein es ist schon oben [62]) bemerkt worden,

60) Hofacker Princip. iuris. T. II. §. 1184. Zachariä Institutionen des R. R. S. 352.

61) Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 644. und Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 305.

62) S. den 18. Th. §. 1086. S. 403. f.

worden, daß das gesetzliche Pfandrecht der Legatarien, da es nur an den ererbten Gütern, nicht aber an dem eigenen Vermögen des Erben haftet, für ein blos specielles gelten könne. Justinian gründet diese Hypothek auf den vermutheten Willen der Testirer, welche sonst selbst für die Sicherheit der Legatarien dadurch sorgten, daß sie ihnen ein Pfandrecht an ihrem Nachlasse zu vermachen pflegten. Dieses soll sich aber nun vermöge seiner Constitution schon von selbst verstehen. Die Worte derselben lauten folgendermaßen. **Cum hi, qui legatis, vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerumque habere noscantur: — — Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem** [63]) **penitus aboleri: omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem,**

63) Diese sonst bey den Fideicommissen übliche Immission erhielt der Fideicommissar in dem Falle, wenn der Erbe die als Fideicommiß hinterlassene Sache veräussert hatte. Hier konnte der Fideicommissar eine Immission nicht nur in die Erbgüter, sondern auch in die eignen Güter des Erben erhalten, und wenn der Erbe nicht im Stande war, den Fideicommissar zu entschädigen, so hatte sie sogar in die veräusserte fideicommissarische Sache selbst Statt, jedoch nur alsdann, wenn der dritte Besitzer in mala fide war. Paulus *Sentent. Receptar. Lib. IV. Tit.* 1. §. 15. *et* §. 17. Diese Mission vertrat die Stelle der Reivindication, welche den Legatarien zustand, hat aber nun aufgehört, nachdem Justinian die Legate und Fideicommisse einander gleichgemacht hat. S. *Ant.* Schulting Iurisprud. Antejustin. ad Paulum c. l. not. 43. pag. 389. et Cujacius ad Eundem not. 47. auch Westphals Pfandrecht. §. 98. Not. 118. S. 144.

rem, quatenus eis liceat easdem res, sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, *et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare.* Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare, et iterum novellae Constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt: *non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare actionem, quae etiam nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci.* Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas: ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. Et haec disposuimus non tantum si *ab herede* fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si *a legatario* vel *fideicommissario* vel *alia persona, quam gravare fideicommisso possumus*, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam ex tendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit:*

petit; et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eam pervenerint. **Dat. XV. Kal. Octob. Chalcedone, Decio V. C. Cons. 529.**

Wenn Justinian, ausser den Legatarien, auch den Fideicommissarien ein stillschweigendes Pfandrecht giebt, so werden unter den letzteren nur diejenigen verstanden, denen Singulär-Fideicommisse hinterlassen worden sind. Denn nur die fideicommissa singularia hat Justinian in dieser Constitution den Vermächtnissen gleichsetzen wollen [64]. Fideicommißerben haben also kein gesetzliches Pfandrecht auf dem Vermögen des Erblassers. In der Folge hat es ihnen zwar Justinian durch die Novelle 108. Kap. 2. aber nur in dem Falle ertheilt, wenn das Universalfideicommiß dergestalt ist angeordnet worden, daß nur dasjenige restituirt werden soll, was nach dem Tode des Fiduciar-Erben noch übrig seyn würde. Hier soll dem Fideicommissar wenigstens ein Viertel übrig gelassen werden. Ist dieses nicht geschehen, so soll soviel, als dieses beträgt, aus dem übrigen Vermögen des Erben ergänzt werden, und wenn auch dieses nicht zureichen sollte, so soll der Fideicommissar die dritten Besitzer der von dem Fiduciar-Erben veräusserten Sachen in Anspruch zu nehmen befugt seyn. Daß Justinian hierdurch etwas Neues habe verordnen wollen, woraus sich jedoch nicht, wie mehrere

64) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 62. Meißner vom stillschw. Pfandrechte §. 179. Gesterding Pfandrecht §. 18. Nr. VII. S. 113.

rere [65]) wollen, eine allgemeine Regel für die Fideicommiß-Erben bilden läßt, erhellet aus folgenden Worten deutlich: Sin vero quartam attingat, neque alia bona in supplementum habeat: tum adversus eos, qui emerunt, vel aliter res acceperunt, in rem actionem, et hypothecas *auctoritate huius legis* damus, ut fideicommissario per rerum vindicationem sibi ipsi satisfacere liceat: *id quod etiam in legatis iam concessimus*, et in constitutione tam in rem actionem quam persecutionem fideicommissi illis largiti sumus.

Da Justinian bald nach Einführung der Hypothek der Legatarien durch die *Const.* 4. (VIII. 57.) *Cod. de donation. causa mortis* vom Jahre 530. auch die Schenkungen von Todeswegen in Form und Wirkung den Legaten gleichstellte; so läßt sich wohl nicht mit Grund daran zweifeln, daß nach dem Geist dieser Verordnung die stillschweigende Hypothek der Vermächtnisse sich ebenfalls auf jene mit erstrecken solle, wie auch von den meisten Rechtsgelehrten [66]) angenommen wird. Ob aber diese Hypothek schon gleich von der Zeit des Todes des Erblassers, oder erst mit der Antretung der Erbschaft ihren Anfang nehme, ist

65) J. B. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 238. Allein man sehe Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 179. S. 471. ff. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 644. a. E.

66) Bachov Tr. de pignorib. Lib. I. Cap. 10. nr. 6. *Ant.* Merenda Controv. iuris Lib. III. cap. 49. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1184. Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 5. §. 9. und Meißner §. 180.

ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Die meisten [67]) behaupten das Erstere, weil mit dem Tode des Testirers die Legatarien ein Recht an dem Vermächtniß erwerben, welches durch diese Hypothek gesichert werden soll. Diejenigen [68]) hingegen, welche das Letztere für richtiger halten, gründen ihre Meinung darin, daß die Verbindlichkeit des Erben zur Auszahlung oder Ablieferung der Vermächtnisse erst mit der Erbschaftsantretung entstehe, und das ausdrückliche testamentarische Pfandrecht, nach dessen Beyspiel die stillschweigende Hypothek der Legatarien ist eingeführt worden, auch erst in dem Augenblick der Erbschaftsantretung seinen Anfang nehme. Ueberdem sey es vorher ungewiß, ob das Testament nicht destituirt, und mithin das Vermächtniß zu Grunde gehen werde. Die actio personalis ex testamento, von welcher die hypothekarische Klage abhängig ist, entstehe auch erst durch Antretung der Erbschaft. Die richtigste Meinung ist wohl die, wenn man den Anfang der Hypothek von der Zeit an rechnet, da der Legatar das Vermächtniß erwirbt. Geschieht diese Erwerbung in dem Augenblick des Todes des Erblassers, so nimmt auch in diesem Augenblick die dem Legatar gesetzlich zustehende Hypothek ihren Anfang, und nicht erst von der Zeit an, da der Erbe die Erbschaft antritt. Sancimus,

67) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 22. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 66. Hofacker c. l. Günther Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 676. in fin. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1047. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 574. in fin. Gesterding Pfandrecht. §. 18. S. 114.

68) Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 185. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 644.

cimus, sagt Justinian *L. un.* §. 1. *Cod. de caducis tollendis*, *omnes habere licentiam* A MORTE TESTATORIS *adire hereditatem;* similique modo *legatorum* vel *fideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem* A MORTE TESTATORIS *cedere.* Es wird zwar freylich vorausgesetzt, daß die Antretung der Erbschaft oder Anerkennung des letzten Willens demnächst wirklich erfolge, mithin das Testament nicht destitutum werde, allein dieses schiebt so wenig die Erwerbung des Vermächtnisses, oder Fideicommisses, als die Entstehung der Hypothek auf, sondern macht nur, daß wenn sie nachher unterbleibt, der Anfall des Vermächtnisses rückwärts vernichtet wird [69]), und mit demselben denn auch natürlich die Hypothek erlischt. Es ist auch ferner nicht zu läugnen, daß die Verbindlichkeit des Erben zur Auszahlung des Vermächtnisses erst von der Zeit an eintritt, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat; allein auch daraus folgt nicht, daß die Hypothek erst mit diesem Zeitpunkt ihren Anfang nehme. Denn da nun nach *L. un.* §. 1. *et* 5. *Cod. de caducis tollendis* dem Erben erlaubt ist, die Erbschaft gleich mit dem Augenblick des Todes des Testirers anzutreten, was vorher nach der *Lex Papia* nicht der Fall war, wo das Testament nicht vor einem bestimmten Termin eröffnet, und mithin auch die Erbschaft nicht vor der feierlichen Eröffnung des Testaments angetreten werden durfte [70]); so muß ja doch wohl nun noch weit eher,

69) Schweppe Röm. Privatrecht. 3. B. §. 828.

70) ULPIANUS *Fragm. Tit. XXIV.* §. 31. S. HEINECCII Commentar. ad Legem Iul. et Papiam Poppaeam. Lib. III. cap. 2. §. 2.

eher, als zur Zeit des Florentinus [71]) der Grundsatz gelten: heres, *quandoque adeundo hereditatem*, iam tunc A MORTE *successisse* DEFUNCTO *intelligitur*, und es kann hier nicht mehr blos auf eine Begünstigung der Transmission abgesehen seyn, wenn das Gesetz eine Hypothek bestellte, um dem Willen des Testirers zu genügen, dessen Absicht es ist, daß diejenigen auch gewiß die Vermächtnisse und Fideicommisse erhalten, denen sie hinterlassen worden sind. Selbst die rechtliche Fiction, nach welcher die Antretung der Erbschaft, wenn sie erfolgt, auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückgezogen wird, und worauf sich auch die cessio diei legatorum a die mortis testoris gründet, hatte schon die Sicherheit der Legatarien zum Zweck, damit nicht durch ungebührliche Verzögerung der Erbschaftsantretung das Recht derselben vereitelt werden möchte [72]). Und das Mittel der Sicherheit selbst, die stillschweigende Hypothek, sollte erst mit der Erbschaftsantretung ihren Anfang nehmen? Gewiß, wenn auch der Testator selbst das Pfandrecht bestellt hätte, so würde es auch gleich in dem Augenblick entstehen, da das Testament durch den Tod desselben bestätigt worden ist [73]). Nun hat ja Justinian nach dem Beyspiele des testamentarischen Pfandrechts die gesetzliche Hypothek eingeführt. Das

71) *L.* 54. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* S. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. S. 588. f.

72) POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. Tit. de legatis. P. III. Nr. CCLXXVII. not. a. pag. 328. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 583. Not. 1.

73) S. den 18. Th. dieses Commentars 1. Abth. §. 1077. S. 189.

Das Pfandrecht kann zwar freylich nicht eher von den Legatarien in Ausübung gebracht werden, als nachdem der Erbe die Erbschaft angetreten hat, so wenig als der Legatar früher das Vermächtniß fordern kann; allein wer wird deswegen behaupten, daß es erst dann seinen Anfang nehme, wenn die actio personalis ex testamento angestellt werden kann? Die actio hypothecaria der Pupillen schließt sich auch an die actio tutelae, so wie die hypothekarische Klage der Eheweiber an die actio ex stipulatu de dote an, und doch entsteht die ihnen gesetzlich ertheilte Hypothek viel früher. Nimmt freylich das Recht des Legatars erst mit dem Antritt der Erbschaft seinen Anfang [74]), so kann auch wohl das Pfandrecht nicht früher entstehen. Ist aber das Vermächtniß ein solches, welches auf die Erben übergeht, es hängt jedoch die Erwerbung desselben noch von der Existenz einer Bedingung ab, so erlischt zwar das Vermächtniß, wenn der Legatar vor dem Eintritt der Bedingung stirbt, und seine Erben können es nun nicht fordern [75]). Allein wird die Bedingung noch bey seinem Leben erfüllt; so wird das Pfandrecht nicht erst von der Zeit an gerechnet, da die Bedingung existirt, sondern es wird der Anfang desselben, so wie die Erwerbung des Vermächtnisses, zurückgezogen auf die Zeit des Todes des Testirers, nicht anders, als wenn das Legat gleich anfangs unbedingt wäre hinterlassen worden [76]). Die Hypothek,

74) *L. un. D. Quando dies ususfr. legati cedat. L.* 2. *et* 3. *D. Quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. L.* 9. *D. eodem.*

75) *L.* 5. §. 2. *D. Quando dies legator. vel fideicommissor.*

76) *L.* 9. §. 2. *D. Qui potiores in pignore. L.* 69. §. 1. *L.* 81. *Lib. XXX. D. de legatis. L.* 105. *D. de condit. et*

pothek findet übrigens nicht nur Statt, wenn der Erbe mit Vermächtnissen oder Fideicommissen beschwert ist, sondern auch wenn einem Legatar wieder die Auszahlung eines Vermächtnisses oder Fideicommisses ist auferlegt worden. Sie erstreckt sich aber immer nur auf diejenigen Güter, welche dem Testirer eigen gehörten, und von ihm auf die mit dem Legat oder Fideicommiß beschwerte Person gekommen sind; auf den eigenen Gütern des Erben, oder der beschwerten Person haftet sie hingegen eben so wenig, als auf den legirten Sachen selbst, wenn es nämlich solche Sachen sind, wovon das Eigenthum sogleich mit dem Tode des Testirers auf den Legatar übergeht [77]). Die Wirkung dieser Hypothek äussert sich auch nur gegen die Gläubiger des Erben, oder überhaupt des mit dem Vermächtniß oder Fideicommiß Beschwerten. Gegen die Gläubiger des Testirers kann der Legatar von seinem stillschweigenden Pfandrechte keinen Gebrauch machen. Diese müssen, wenn es auch nur einfache chirographarische Gläubiger seyn sollten, vor allen Legatarien und Fideicommissarien befriediget werden [78]). In einer neuern Constitution sagt sogar Justinian

stinian

et demonstrat. S. Bachov Tr. de pignorib. Lib. IV. cap. 2. nr. 4. et 5. *Vincent.* Fusarius Tr. de Substitutionib. P. II. Quaest. 612. Brunnemann Comm. ad L. 1. Cod. Communia de legatis nr. 11. und Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 66.

77) Lauterbach Colleg. cit. loc. §. 65. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 119. und Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 182.

78) Lauterbach Colleg. c. l. §. 67. Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 186. von Gmelin Ordnung d. G. §. 119. S. 512.

stinian, nämlich *L.* 22. §. 5. *Cod. de iure delib.* Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare. Dahingegen kann der Legatar vermöge der ihm ertheilten Hypothek den Vorzug vor den eignen Gläubigern desjenigen verlangen, der mit dem Vermächtniß beschwert ist, jedoch blos in Ansehung derjenigen Güter, welche ihm von dem Erblasser hinterlassen worden sind [79]). Denn sind die Gläubiger des Testirers befriediget, so sollen die Legatarien nach den klaren Worten der *L.* 1. *Cod. Communia de legatis* ihre Vermächtnisse schlechterdings erhalten, ut omnibus modis voluntati testatoris satisfiat. Indessen behaupten andere [80]) nicht ohne Grund, daß ihnen, wegen der zwischen Erblasser und Erben fingirten Einheit der Person, der behauptete Vorzug nur dann zu gestatten sey, wenn sie sich der Rechtswohlthat der Separation bedienen, als welche namentlich auch den Legatarien in den Gesetzen [81]) eingeräumt

79) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 21. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. pag. 533. Gesterding Pfandrecht. §. 18. S. 114.

80) Dabelow von Concurse der Gläubiger. S. 343. *Alb. Phil.* Frick lib. sing. de debitoris demortui creditoribus hypothecariis ad separationis beneficium admittendis. *Helmst.* 1783. §. 6. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 187.

81) *L.* 6. *pr. D. de Separat.* von Gmelin Ordnung der Gl. §. 119. S. 508. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 2057.

geräumt wird. Soviel endlich die Natur dieses Pfandrechts anbetrifft, so bemerken fast alle sowohl ältere [82]) als neuere Rechtsgelehrten [83]), daß dasselbe die von der Regel, nach welcher sonst alles Pfandrecht untheilbar ist, abweichende Eigenschaft habe, daß wenn etwa das Vermächtniß von der ganzen Erbschaft hinterlassen ist, und mehrere Miterben dazu beyzutragen haben, die Erbgüter eines Jeden nur für seinen Antheil, und also nur insoweit haften, als die persönliche Klage gegen ihn anwendbar ist. So verstehen nämlich fast alle die Worte der *L.* 1. *Cod. Communia de legatis:* **In omnibus autem huiusmodi casibus** *in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus*, **in quantum** *personalis actio* **adversus eum competit.** Fast alle lehren daher, die hypothekarische Klage sey gegen mehrere Miterben wegen eines Vermächtnisses eben so theilbar, wie die persönliche Klage aus dem Testamente. Franz Ragueau [84]) erhob

82) *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 2. I. de legatis. nr. 4. *Io. Iac.* Wissenbach Commentat. cathedr. in libros VII. prior. Cod. ad L. 1. Commun. de legat. pag. 619. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 21. in fin. et libr. XXX. sqq. de legatis. §. 91. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 64. et Lib. XXX. sqq. de legat. §. 45. u. a. m.

83) von Gmelin Ordn. d. G. §. 119. S. 509. Malblanc Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. p. 533. Hofacker Princ. iur. civ. T. II. §. 1184. nr. III. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 644. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 305. Meißner von stillschw. Pfdr. §. 183. Gesterding Pfandrecht §. 18. S. 114. a. E.

84) *Franc.* Raguellus in Commentar. ad Constitutiones et Decissiones Iustiniani, quae XII. libris Cod. continentur. ad L. 1. Communia de legatis pag. 513. (*Parisii* 1610. 4.)

erhob zwar zuerst seine Stimme gegen die schon zu seiner Zeit herrschende gemeine Meinung. Seine Worte sind merkwürdig. Non est praetermittendum, sagt er, quod *Iustinianus* circa finem huius constitutionis dicit, hypothecaria unumquemque in tantum conveniri posse, in quantum personalis actio adversus eum competit ex testamento, vel codicillis, sive heres sit, sive legatarius, sive fideicommissarius, qui fideicommisso oneratus est: *videlicet ut is hypothecaria conveniri non possit, qui non potest actione in personam legati vel fideicommissi nomine.* Non est autem ea mens *Iustiniani*, ut non in solidum, sed pro rata et virili portione, ex qua quisque heres est, teneatur, ut casus huius constitutionis excipiendus sit *a lege* 1. *et* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus creditoris.* Unde intelligimus, ut ex aliis locis multis, personalem quidem actionem dividi inter heredes ex 12. tabulis. At hypothecam esse in solidum, quia rem sequitur, et personam non obligat, quod est explorati iuris, cui *Iustinianus* de derogari noluit. *Non datur ergo haec actio hypothecaria in eum, qui non est oneratus fideicommisso, quia nec personalis in eum datur.* Allein er hatte die Auctorität der Glosse gegen sich, und dem Einwurfe, daß es Justinians Absicht nicht gewesen seyn könne, der Hypothek der Legatarien eine von der Natur des Pfandrechts so sehr abweichende Eigenheit zu geben, hatte schon vor ihm Hugues Doneau [85]) auf eine solche Art zu begegnen

85) *Hug.* Donnellus in Comm. ad Cod. L. 1. Commun. de legatis n. 12. pag. 529.

nen gesucht, daß man glauben sollte, das, was Justinian hier von der Theilbarkeit der hypothekarischen Klage verordnet hat, sey gar nichts Besonderes, sondern könne nicht anders seyn. Wir wollen ihn selbst reden lassen. Huic loco opponitur *L.* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus*, ubi pro eo, quod unus ex heredibus debet, etiam res alterius coheredis pignoris nomine conveniri possunt. Sed locus is nihil ad rem pertinet. Nam illic agitur de ea specie, cum obligatio et pignus a defuncto inceperint, cum defunctus debere coepit pecuniam, et in eam pecuniam res eius sunt obligatae. Quemadmodum pro etiam minima parte debiti res omnes defuncti erant obligatae; *L.* 9. §. 3. *D. de pign. act.* sic debitae mortuo, pro quacunque parte huius debiti, omnes res eius tenebuntur. Itaque pro debito unius heredis etiam res alterius coheredis convenientur, si testatoris fuerunt, nam prius erant obligatae. Ex personis autem heredum non immutatur conditio obligationis, *L.* 2. §. 2. *De Verbor. obligat.* et in pignore ex persona possessorum non immutatur conditio pignoris. *L.* 2. *Cod. Si unus ex plurib. hered.* At hic agitur de legato et fideicommisso, cuius obligatio ab heredibus incipit, et propterea ab his quoque incipit pignus et hypotheca, *cuius consequens est, non nova aut singulari ratione iuris, sed communi, ut in id, quod singuli heredes debent, non possint obligatae esse, nisi res, quae sunt singulorum*, quia pignus oportet esse cum constituitur in bonis debitoris. *L.* 5. *Cod. Si aliena res pignori data sit.* Kein Wunder, daß bey einer

solchen

solchen Auctorität, welche für die gemeine Meinung kämpfte, Ragueau's Stimme verhallte, wie der Schall im Fichten Walde. So konnten zweyhundert Jahre verfliessen, bis es wieder ein Rechtslehrer auf der Academie zu Greifswalde laut auszusprechen wagte, das, was seit Jahrhunderten von viel Tausenden behauptet worden, sey dennoch ein verjährter Irrthum. Es war Hermann Becker, der in einer Prolusio academica de actione hypothecaria legatariis ex L. 1. Cod. Com. de legatis contra coheredes competente non ipso iure divisa, mit welcher er im Jahre 1768. seine Sommervorlesungen ankündigte, die gemeine Meinung aus vielen Gründen bestritt. Es ist der Mühe werth, diese Gründe, durch eine genaue Darstellung derselben, allgemeiner bekannt zu machen, da die Schrift selbst, nach dem gewöhnlichen Schicksal academischer Schriften, fast ganz in Vergessenheit gerathen ist, und den wenigsten zu Gesichte gekommen zu seyn scheint. Die Gründe sind nun folgende. Wie wenig es Justinians Absicht gewesen sey, in den oben angeführten Worten: *In omnibus autem huiusmodi casibus* etc. die von ihm zu Gunsten der Legatarien und Fideicommissarien neu eingeführte hypothekarische Klage gegen die wesentliche Natur derselben auf die Gränzen der persönlichen Testamentsklage zu beschränken, beweise, sagt Becker 1) der ganze Zusammenhang des Gesetzes. Denn in den vorhergehenden Worten rechtfertige der Gesetzgeber die Einführung der neuen Klage damit, daß er zeigt, wie sie dem Testirer eben so wenig zum Nachtheil gereiche, als der Erbe oder Legatar, dem die Auszahlung eines Legats oder Fideicommisses aufgelegt worden, Ursache habe sich darüber zu beschweren. Der Wille des Testators,

tors, sagt er, sey, daß diejenigen, welchen er Vermächtnisse und Fideicommisse hinterlassen hat, solche auch auf alle mögliche Art erhalten. Nun zwecke aber die Hypothek eben dahin ab, daß sein letzter Wille erfüllet werde. Dem Testator wäre es ja erlaubt, selbst eine Hypothek auf seinen Sachen einem Jeden nach seinem Gefallen zu vermachen; warum sollte der Gesetzgeber nicht die Macht haben, die hypothekarische Klage in dem gegenwärtigen Falle zu ertheilen, wo sie zur Aufrechterhaltung seines letzten Willens gereicht? Sodann aber erstrecke sich ja auch die hypothekarische Klage weiter nicht, als auf die Sachen, welche der mit dem Vermächtniß oder Fideicommiß Beschwerte von dem Testirer erhalten hat; denn die eigenen Sachen des beschwerten Erben, oder Legatars seyen diesem Pfandrechte nicht unterworfen. Die hypothekarische Klage finde also gegen den beschwerten Erben oder Legatar nur in so weit statt, als er aus der Erbschaft des Verstorbenen Sachen erhalten hat, und er, wenn auch die hypothekarische Klage nicht wäre ertheilt worden, mit der persönlichen Klage aus dem Testament belangt werden könnte. Daher habe nun Justinian seiner Constitution noch die Worte beygefügt: *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit*; welche also keinen andern Sinn haben könnten, als den, daß die hypothekarische Klage gegen den beschwerten Erben oder Legatar nur in sofern begründet sey, als der Beklagte die Sache, wegen welcher die hypothekarische Klage gegen ihn angestellt wird, als Erbe des verstorbenen Testators besitzt, und nicht auf andere Art erworben hat. Dieß ergebe sich noch mehr aus den nächst

fol-

folgenden letztern Worten, welche von jenen durchaus nicht getrennt werden dürften: nämlich *et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.* Die Absicht des Gesetzgebers sey also keineswegs dahin gerichtet gewesen, die Natur der hypothekarischen Klage, insofern sie auf Abtretung der verpfändeten Sache geht, bis der Gläubiger seiner Forderung wegen völlig befriediget worden ist[86]), hierdurch abzuändern und in dem Falle zu beschränken, wenn sie von Legatarien und Fideicommissarien gegen die mit Vermächtnissen beschwerten Erben und Legatarien angestellet wird, so daß dieselben sich durch Bezahlung ihres Antheils von der Abtretung der gesetzlich verpfändeten erbschaftlichen Sache befreyen, und in Rücksicht des Uebrigen den Kläger an den andern Miterben oder Collegatar, der mit eben demselben Legat oder Fideicommiß beschwert ist, verweisen könnten. So lang freylich die hypothekarische Klage gegen den Besitzer der erbschaftlichen Sachen noch nicht angestellt worden ist, könne derselbe, durch freiwillige Bezahlung seines Antheils, die aus der Erbschaft erhaltenen Sachen von dem gesetzlich darauf gelegten Pfandrechte, und folglich auch sich von der daraus entspringenden Pfandklage befreyen; insoweit habe Voet[87]) vollkommen Recht; weil er dann für seinen Theil schon vor erhobener Klage den Willen des Testirers erfüllt hat, und folglich schon vor angestellter Klage die Pfandverbindlichkeit in Ansehung der ihm aus der Erbschaft zugekom-

86) *L.* 16. *pr. et* §. 3. *et* 4. *D. de pignor. et hyp.*

87) Lib. XXX. sqq. D. tit. un. de legatis. §. 41.

gekommenen Sachen aufgehoben worden ist. Allein dieses finde keinesweges Statt, wenn die hypothekarische Klage einmal vor Gericht ist angestellt worden. Denn das Recht, welches dem Kläger einmal durch Anstellung der Klage erworben worden ist, könne ihm wider seinen Willen nicht wieder entzogen werden. In jenen Worten, woraus man das Gegentheil habe folgern wollen, spräche sich also nur die Absicht des Gesetzgebers aus, zu verhüten, damit nicht vielleicht das in seiner Constitution an die Stelle der alten missio in bona hereditaria eingeführte Pfandrecht gegen desselben Absicht sowohl wider die Gläubiger des verstorbenen Testirers, als, in Rücksicht der eigenen Sachen des Erben und Legatars, gegen derselben Gläubiger ausgedehnt werden möchte. Darum sage er, die hypothekarische Klage finde nicht weiter Statt, oder das mit dieser Klage zu verfolgende Pfandrecht könne von den begünstigten Legatarien und Fideicommissarien nicht weiter ausgedehnt werden, als so weit die persönliche Klage gegen den beschwerten Erben oder Legatar reicht. Diese actio personalis finde aber nicht eher Statt, als wenn zuvor alle Gläubiger des verstorbenen Testirers aus der Erbmasse ihre vollkommene Befriedigung erhalten, und gehe weder an sich wider den Erben über die Kräfte der Erbschaft, noch könne auch in dem Falle, da er etwa, zum Nachtheil seiner Gläubiger, die erbschaftlichen Güter durchgebracht hat, darauf gerichtet werden, daß der Erbe die Vermächtnisse nun aus seinem eigenen Vermögen bezahle. Sodann habe ferner 2) der Gesetzgeber jene Worte, von deren richtigen Auslegung hier die Rede ist, seiner Constitution auch darum beygefügt, um zu zeigen, daß das gesetzliche Pfandrecht, welches zu Gunsten der letzten Willensverord-

ordnungen, und aller und jeder Legatarien und Fideicommissarien durch das Gesetz neu eingeführt worden ist, nicht auf alle und jede von dem Verstorbenen hinterlassene erbschaftliche Sachen erstreckt werden dürfe, sondern nach der Absicht des Gesetzgebers nur auf diejenigen erbschaftlichen Sachen allein einzuschränken sey, welche an den mit der Auszahlung des Vermächtnisses beschwerten Erben oder Legatar aus des Verstorbenen Verlassenschaft gekommen sind, mithin die den Legatarien und Fideicommissarien ertheilte hypothekarische Klage gegen die übrigen Erben und Legatarien, die mit dem Vermächtniß nicht beschwert sind, auf keine Weise statt finde, wenn sie gleich erbschaftliche Sachen desselben verstorbenen Testirers besitzen, weil gegen sie wegen dieses Vermächtnisses die actio personalis ex testamento nicht angestellt werden könne. In diese weitere Erklärung der mehrgedachten Worte stimme auch Voet[88]) ein, wenn er sagt: *Si unus ex pluribus heredibus solus integri legati praestatione oneratus sit, non aliae res intelligi debent hac hypotheca legali affectae, quam quae ad heredem gravatum a defuncto pervenerunt, non item aliae, quae caeteris gravati coheredibus quaesitae sunt. Quorum omnium ea ratio est, quod actione personali ad praestandum legatum vel fideicommissum conveniri non potest, nisi qui a testatore gravatus est, — actio vero hypothecaria, quae pro legatis ex lege competit, non ultra datur contra heredem, quam quatenus actione personali compelli posset, ad legatorum praestationem: cum Imperator de hac legali hypo-*

88) l. c. Tit. de legatis §. 41.

hypotheca, pro legatis competente, definierit, IN OMNIBUS HISCE CASIBUS (quibus scilicet actio pro legatis datur) IN TANTUM ET HYPOTHECARIA UNUMQUEMQUE CONVENIRI, IN QUANTUM PERSONALIS ACTIO ADVERSUS EUM COMPETIT. *L. 1. in fin. Cod. Communia de legat. Sicut ergo personalis actio competere non potuit in casibus superioribus adversus heredes qui non sunt gravati, aut quatenus non sunt gravati, — — quippe nunquam nata, — — ita nec hypothecaria actio, pari passu ambulans cum personali, legatario adversus tales permittenda fuit.* Endlich habe 3) der Kaiser in den öfters angeführten Worten seiner Constitution auch andeuten wollen, daß die gesetzliche Hypothek, und die daraus herfließende hypothekarische Klage nicht gegen diejenigen beschwerten Miterben und Collegatarien ausgedehnt werden möchte, die schon vor Anstellung dieser Klage aus eigener Bewegung und freywillig ihrer Seits dem Willen des Testirers Folge geleistet, und durch Bezahlung ihres Antheils an dem Vermächtniß die auf sie gekommenen erbschaftlichen Sachen noch vor erhobener Klage von der Last der gesetzlichen Hypothek befreiet haben, sondern nur derjenige Miterbe allein oder Collegatar, welcher seiner Seits dem aufgelegten Vermächtniß noch kein Genüge geleistet hat, und daher mit der actio personalis ex testamento belangt werden kann, auch nur allein mit der actio hypothecaria solle belangt werden können.

Es werden nun aber für die Richtigkeit dieser Auslegung der mehrgedachten Worte der *L. 1. Cod. Comm. de legatis* noch folgende Gründe angeführt. a) Die Worte eines neuen und abändernden Gesetzes müssen nach den

den Regeln der Hermeneutik immer so erklärt werden, daß man so wenig als möglich, von der Regel des gemeinen Rechts, und also auch von der regelmäßigen Natur der Klagen abweicht [89]). Die einschränkende Erklärung eines neuen abändernden Gesetzes erlaubt also nicht, ein besonderes Recht, welches von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, im Zweifel anzunehmen [90]). Nun bestehe bekanntermaßen die Natur und das Wesen der hypothekarischen Klage darin, daß sie der Pfandgläubiger gegen den Besitzer der verpfändeten Sache auf Herausgabe des Pfandes anstellt, um sich wegen seiner ganzen Forderung völlig daraus zu befriedigen. Daher sey die Pfandrechtsklage untheilbar [91]), der Beklagte müsse entweder die ganze Schuld bezahlen, oder das ganze Pfand abtreten [92]). Es müssen also entweder jene Worte der *L.* 1. *Cod.* vermöge welcher die hypothekarische Klage gegen den Erben und Legatar nur in so weit statt haben soll, als die persönliche Klage gegen sie anwendbar ist, einen andern, als den ihnen gewöhnlich untergeschobenen Sinn haben, und mithin auf die oben angegebene dreyfache Art zu erklären seyn, oder man würde bey der Erklärung dieser Worte, gegen alle Rechtsanalogie, von dem idealen und wesentlichen Begriffe der hypothekarischen Klage abweichen; und so würde es denn geschehen, daß der Kaiser, welcher den Legatarien und Fideicommissarien, mit Aufhebung der Weitläuftigkeiten der alten

89) *Arg. L.* 43. *pr. D. de vulg. et pup. substit. Cap.* 8. *X. in fin. de privileg.*

90) *L.* 14. *D. de Legibus.*

91) *L.* 65. *D. de eviction.*

92) *L.* 16. §. 3. *D. de pignor. et hypoth.*

alten Mission in die Erbgüter, und durch Abänderung des ältern Rechts die hypothekarische Klage ertheilen wollte, genau erwogen, dieselbe gar nicht ertheilt hätte; ja er würde, ganz seiner Absicht zuwider, die Lage derselben mehr verschlimmert, als verbessert haben. Offenbar würden auf das neu eingeführte Pfandrecht der Legatarien und Fideicommissarien die Worte des römischen Juristen Marcian passen, welcher *L.* 16. §. 3. *in fin. D. de pignor. et hypoth.* sagt: *Nam si tanti solum condemnatus esset, quantum pro sua parte deberetur*, *quid prodesset in rem actio*, *cum et in personam agendo*, besonders wenn sich der Legatar der Rechtswohlthat der Separation bedient, *idem consequeretur?* Man könnte sich aber b) von der Richtigkeit der obigen Erklärung, und der Unrichtigkeit der gemeinen Meinung von der Theilbarkeit der hypothekarischen Klage der Legatarien und Fideicommissarien gegen mehrere Miterben und Collegatarien noch mehr dadurch überzeugen, wenn man erwägt, daß selbst nach der Meinung der Dissentienten die hypothekarische Klage ihre untheilbare Eigenschaft in dem Falle behaupte, da eine dem gesetzlichen Pfandrechte unterworfene erbschaftliche Sache von einem der Miterben, auf welchen das Eigenthum und Besitz bey der Theilung der Erbschaft gekommen war, an einen Dritten veräussert worden, und nun die hypothekarische Klage gegen diesen dritten Besitzer angestellet wird. Denn daß in diesem Falle die Natur der hypothekarischen Klage von Justinian nicht abgeändert worden sey, behauptet selbst Voet[93]). Nun sey gar kein hinreichender Grund dieses Unterschiedes abzusehen. Denn

93) Lib. XXX. sqq. Tit. un. de legatis. §. 42.

Denn ist es wahr, was von Niemanden widersprochen wird, daß die von einem der Miterben veräusserte erbschaftliche Sache blos mit derjenigen Beschwerde, die ihr schon zur Zeit der Veräusserung aufgelegt war, und nicht mit einer grösseren, auf den Dritten übergeht; so folge nothwendig, daß diese hypothekarische Klage, wenn sie gegen den veräussernden Miterben selbst, wegen der Theilbarkeit des Pfandrechts, ipso iure getheilt ist, auch gegen den dritten Besitzer, auf welchen die Sache cum sua causa übergegangen ist, aus gleichem Grunde ipso iure getheilt seyn müsse, und daher gegen ihn nur nach dem Verhältniß des Erbtheils des Veräusserers angestellt werden könne. Dieses wagen aber selbst diejenigen, die der entgegengesetzten gemeinen Meinung ergeben sind, nicht zu vertheidigen, und so sind sie demnach genöthiget, bey dem ohne Gesetz sich eingebildeten besondern Rechte, wieder ein besonderes Recht zu erdichten. Aber c) noch einen neuen Grund, warum man der gemeinen Meinung nicht beytreten könne, gebe selbst Voet [94]) auch wider seinen Willen an die Hand. Er bemerkt nämlich, Justinian habe in der *L.* 1. *Cod. Commun. de legatis* das gesetzliche Pfandrecht darum eingeführt, damit die Legatarien, ohne die Weitläuftigkeiten der alten missio in rem, aber doch auf gleiche Weise, wie durch jene alte missio in rem, gesichert seyn könnten. Das gesetzliche Pfandrecht sey also an die Stelle der alten missio in rem getreten. Nun aber habe ja derjenige, welcher die missio in possesionem legatorum nomine erhalten, an den erbschaftlichen

94) L. c. Tit. de legatis §. 42.

chen Sachen, in welche er eingewiesen worden, ein vollkommenes prätorisches Pfandrecht erlangt [95]), so daß der Richter auf Andringen des Eingewiesenen dafür habe sorgen müssen, daß ihm das ganze Legat mit allen Früchten und Unkosten entrichtet werden mußte [96]). Es war auch der Legatar, der durch die erhaltene Mission an mehreren Sachen ein Pfandrecht erlangt hatte, nicht schuldig eine derselben freyzugeben, wenn ihm nicht die ganze Schuld bezahlt worden war [97]). Auf eben die Art verfolge dann also auch jetzt nach *L.* 1. *Cod. Comm. de legat.* der Legatar das gesetzliche Pfandrecht, welches Justinian statt der alten missio in rem eingeführt hat, und mit derselben in Absicht auf die Wirkung gleichen Schritt hält. Habe er also einmal gegen einen der beschwerten Miterben, welcher die von dem allgemeinen Pfandrecht zum Gegenstand gewählte Sache besitzt, die hypothekarische Klage angestellt, so könne der Kläger sein Pfandrecht an dieser ganzen Sache verfolgen, und brauche sie nicht eher frey zu geben, als bis er das ganze Vermächtniß erhalten. Er sey also nicht schuldig, sich mit einer blos erbtheilweise geschehenen Zahlung zu begnügen. Endlich d) sage Justinian in der angeführten *L.* 1. *Cod.* ausdrücklich, er habe um so weniger Bedenken, vielmehr sich um so mehr bewogen gefunden, ein stillschweigendes Pfandrecht durch sein Gesetz einzuführen, und den Legatarien und Fideicommissarien die hypothekarische Klage gegen den beschwerten Erben und Legatar, mithin auch gegen mehrere beschwerte Mit-

95) *L.* 3. *Cod. Ut in possess. legator.*

96) *L.* 5. *Cod. eodem.*

97) *L.* 19. *D. de pignorib. et hyp.*

Miterben und Collegatarien zu ertheilen, weil es auch schon nach dem ältern Recht dem Testirer erlaubt gewesen wäre, in seinem Testament eine Hypothek an seinen Sachen zu geben, wem er gewollt habe. Nach dem Beyspiel dieser ausdrücklichen Hypothek, welche ehemals den Legatarien und Fideicommissarien von dem Testirer selbst zur Sicherheit ihrer Vermächtnisse bestellt worden, habe also der Gesetzgeber die stillschweigende Hypothek eingeführt. Sey sie aber nach jenem Muster geformt, so müsse sie auch mit ihr von gleicher Natur und Wirkung seyn. Nun gebe Vinnius [98]) selbst zu, die Eigenheit, daß die hypothekarische Klage gegen mehrere beschwerte Miterben ipso iure getheilt sey, und gegen die einzelnen Besitzer der erbschaftlichen Sachen nur nach dem Verhältniß ihres Erbtheils angestellt werden könne, habe bey einem von dem Testator selbst ausdrücklich bestellten Pfandrechte nicht statt, weil man glauben müsse, der Testirer habe sich nach dem gemeinen Recht und nach der Natur des Pfandrechts richten wollen [99]). Es könne also dieses, so lange nicht eine in diesem Stück von dem Gesetz geschehene Abänderung deutlich bewiesen werden kann, auch bey der hypothekarischen Klage nicht statt finden, welche aus dem vom Justinian eingeführten stillschweigenden Pfandrecht entspringt. Um aber das Gegentheil, nämlich eine solche ausdrückliche Abänderung, zu beweisen, könne man sich keinesweges auf die oben mehrmals angeführten letztern Worte der *L.* 1. berufen. Aus diesen Gründen werde man sich also über-zeugen,

98) Commentar. ad Instit. Lib. II. Tit. 20. de legat. §. 2. nr. 4.

99) Arg. *L. ult. Cod. de Verb. Signif.*

zeugen, daß die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, nach welcher die hypothekarische Klage, welche den Legatarien und Fideicommissarien zur Verfolgung der ihnen stillschweigend verpfändeten erbschaftlichen Sachen gegen die beschwerten Miterben und Collegatarien zusteht, unter mehreren Miterben und Collegatarien, von denen noch Niemand durch Auszahlung des Vermächtnisses den Willen des Testirers Folge geleistet hat, ipso iure getheilt seyn soll, weder mit dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes selbst, noch mit der Rechtsanalogie zu vereinigen sey, ob man gleich zugeben müsse, daß diese Klage nach den Schlußworten der *L. 1. Cod. Communia de legatis* gegen einen jeden der beschwerten Erben und Legatarien nur in so weit Statt finde, als der Legatar mit der actio personalis ex testamento gegen ihn klagen kann, so daß weder gegen andere Erben und Legatarien, die mit der Auszahlung dieses Vermächtnisses gar nicht beschwert worden sind, noch gegen diejenigen, welche zwar damit beschwert sind, aber schon vor erhobener Pfandklage die ihnen zugefallenen erbschaftlichen Sachen durch Bezahlung ihres Antheils von der Pfandbeschwerde befreiet haben, noch wegen der eigenen Sachen des Erben geklagt werden könne.

Soweit Beker. Und auch dessen Gründe blieben unbeachtet, so tiefe Wurzeln hatte die gemeine Meinung geschlagen, daß man, durch den Irrwahn verblendet, auch das helle Licht der Wahrheit nicht erkannte. Es wurden unterdessen Systeme über Systeme geschrieben, und in allen ohne Ausnahme blieb die gemeine Meinung herrschend. So mußte also wieder über ein halbes Jahrhundert verfließen, bis abermals im Jahre 1816. ein

achtungs-

achtungswerther Rechtsgelehrter aufstand, und sich kraftvoll gegen die gemeine Meinung äusserte. Es ist der Königl. Wirtembergische Staats-Minister Freyherr von Ende, welcher in seinen vermischten juristischen Ausführungen, (Hannover 1816. 4.) **Nr. VII.** unter dem Titel: Können Legatarien und fideicommissarische Erben mittelst der Pfandklage einzelne Haupterben in solidum belangen? zum Theil aus neuen Gründen den gemeinen Irrthum zu bekämpfen versuchte. Er entwickelt, wie Beker, dessen Schrift er aber, wie er sagt, aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht hat bekommen können, den Sinn jener streitigen Schlußworte der mehrgedachten *L. 1: Cod. Comm. de legat.* aus dem ganzen Zusammenhange der Verordnung; denn dieser spreche offenbar gegen die gemeine Meinung. Im Eingange gebe Justinian die Beweggründe seiner neuen Verfügung an. Die Legatarien und fideicommissarischen Erben, (von fideicommissarischen Erben ist in dem Gesetz nicht die Rede, sondern von Fideicommissarien, die er den Legatarien gleichstellen wollte, das sind, wie schon oben erinnert worden, solche, welchen Singulär-Fideicommisse hinterlassen worden sind) sage der Kaiser, hätten bisher nur gewöhnlich eine persönliche Klage gehabt, und die Vindication, so wie die missio in rem, wären mit unvermeidlichen und verdrießlichen Schwierigkeiten verbunden gewesen. Um deßwillen sollte hinführo die missio in rem zwar gänzlich aufhören, den Fideicommissarien aber, ausser der persönlichen, das ist, der Testamentsklage, noch eine dingliche Klage, nämlich die Vindication zustehen. *Eis liceat* — sind die Worte des Kaisers — *easdem res* — *vindicare in rem*

rem actione instituenda. Die in diesen Worten enthaltene Verfügung eigne also den Fideicommissarien, gleich den Legatarien, eine doppelte Klage zu, nämlich theils die ihnen schon zustehende persönliche oder Testamentsklage, die sie jedoch bey mehreren Miterben, gegen jeden einzelnen, nur nach dem Verhältniß seines empfangenen Erbtheils anstellen konnten[100]), theils die Vindicationsklage. Letztere konnte aber auch nur gegen den Besitzer des Vermächtnisses oder Fideicommisses angestellt werden. Justinian habe ihnen nun also noch eine dritte Klage ertheilt, wie er durch das Wort *insuper* — überdem zu erkennen gebe, nämlich die Pfandklage. Schon daraus entspringe die natürliche Vermuthung, daß das neue Rechtsmittel einen größern Umfang haben solle. Denn was bedürfte es sonst einer neuen Bestimmung? Die Verleihuug der Pfandklage wäre ganz überflüßig, wenn sie, ihrer durch deutliche Gesetze bestimmten Beschaffenheit gerade zuwider, theilbar seyn, und nur nach dem Erbschaftsverhältnisse Statt finden sollte. Diese Vortheile und Vorrechte gewährte schon die vorhin bestandene Vindicationsklage, (eigentlich die persönliche Testamentsklage, die Vindicationsklage hatte nur gegen den Besitzer des Vermächtnisses statt) [1]). Schon diese Ansicht spreche für die Untheilbarkeit der Pfandklage, wenn man anders nicht dem Kaiser eine ganz überflüssige, und nichts bedeutende Ver-

100) *L.* 33. *pr. D. de legat. II. L.* 17. *D. de duobus reis constituendis*

1) *L.* 25. *D. de obligat et act. Th.* Martin Diss. lancem saturam discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium sistens. §. 23. et 25.

Verfügung Schuld geben wolle. Aber auch noch andere Gründe unterstützten diese Meinung. Justinian rede immer ohne Unterschied und Einschränkung von einer hypotheca rerum defuncti. Dieser Ausdruck bezeichne, wenn man die Analogie der Rechte zu Hülfe nimmt, nie einen bestimmten Theil der Erbschaft, sondern alle und jede Sachen des Erblassers [2]). Es sey nun aber gar kein Grund vorhanden, warum gerade in dem gegenwärtigen Falle der Ausdruck res defuncti nicht in dieser Ausdehnung sollte gebraucht worden seyn. Ist aber das Pfandrecht allgemein, so hafte die ganze Erbschaft, und es stehe dem fideicommissarischen Erben (soll wohl heißen den Legatarien und Fideicommissarien) so wie jedem andern allgemeinen Pfandgläubiger, die Wahl der Gegenstände zu seiner Befriedigung frey, mithin auch der Sachen, die etwa ein einzelner Erbe besitzt. Eine fernere Bestätigung dieses Satzes enthielten auch die Worte: *increbuit iure — licere testatori hypothecam rerum in testamento dare, et novellae constitutiones in multis casibus tacitas hypothecas introduxerunt.* Niemand werde es läugnen, daß diese beyden von Justinian erwähnten Gattungen von Unterpfändern allgemein seyen. Wenn er also seine neue Hypothek mit ihnen in eine Klasse stellt, und sie nach jenen Mustern formt, so gebe er zu erkennen, daß sie mit ihnen von gleicher Natur, mithin ebenfalls allgemein seyn solle. Unter diesen Voraussetzungen verschwinde der Anschein, den die Worte: — — *in quantum personalis actio competit* — erwecken. Sie müssen also nothwendig einen andern Sinn haben, als ihnen

2) *L. ult. Cod. Quae res pignori.*

ihnen die Ausleger unterschieben, oder Justinian stehe mit sich selbst und mit seinen übrigen Aeusserungen im geraden Widerspruche. Dieß sey aber nicht der Fall. Man dürfe nur auf den nächstvorhergehenden Perioden einen Blick werfen, um die wahre Absicht des Kaisers zu errathen. Er hatte festgesetzt: die neue Klage der Legatarien und Fideicommissarien sollte in allen Fällen Statt finden, wo die Leistung des Vermächtnisses oder Fideicommisses einer Person den Rechten nach auferlegt werden dürfte. — — Um diese Fälle genauer zu bezeichnen, und jedem Mißverstande einer weitern Ausdehnung vorzubeugen, füge er die Einschränkung hinzu: die Pfandklage sollte nur so, wie die persönliche Klage, Statt finden, das ist, insofern Jemand überhaupt mit der Testamentsklage belangt werden kann; oder um es noch deutlicher auszudrücken: nur wenn das mit dem gesetzlichen Unterpfande beschwerte Vermögen durch des Erblassers Bestimmung (ex iudicio defuncti) dem Erben zugefallen, und er folglich zur Leistung des Vermächtnisses oder Fideicommisses verbunden sey. Justinian sey also weit entfernt, durch diese Erläuterung die Theilbarkeit der Pfandklage bestimmen zu wollen, und selbst die gleich darauf folgende, durch das Bindewort et zusammenhängende Periode: *et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eam pervenerint* — — gebe dieses deutlich zu erkennen. Hier rede er ohne Einschränkung von den auf den Erben gekommenen Sachen des Erblassers — und unterwerfe sie der Hypothek. War dieses möglich, wenn sie nur nach dem Verhältniß des Erbtheils haften sollten? Immer

reiche

reiche es aber hin, um die gemeine Meinung zu bekämpfen, daß Justinian den Legatarien und Fideicommissarien ein Unterpfand verliehen, und dabey keine deutliche Ausnahme in Absicht seines Umfangs gemacht habe. Denn, so lange es hieran mangelt, müsse man auch diese Hypothek nach den Grundsätzen beurtheilen, die sonst allgemein beym Unterpfande und der Pfandklage gelten. Diese bestimmen aber ganz deutlich die Untheilbarkeit der Pfandklage [3]).

Prüft man die Gründe dieser beyden Rechtsgelehrten unbefangen, so ist dadurch, wie ich glaube, die gemeine Meinung, als ein gemeiner Irrthum, in ihrer ganzen Blöße dargestellt; und ich hoffe, man wird es künftig nicht mehr blos bey Anführung dieser Schriften mit einem bloßen dissentiunt, bewenden lassen, sondern sich aus Liebe zur Wahrheit bewogen finden, die gemeine Meinung, als offenbar irrig, zu verwerfen. Mich haben wenigstens diese Gründe vollkommen überzeugt, und ich sage nun mit Quinctilian [4]): *Ipse me paullum in alia, quam prius habuerim* [5]), *opinione nunc esse confiteor. Et fortasse tutissimum erat famae modo studenti, nihil ex eo mutare, quod multis annis non sensissem modo, verum etiam approbassem. Sed non sustineo esse conscius mihi dissimulanti, in eo praesertim*

3) *L.* 1. *et* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus. L.* 16. *L.* 19. *D. pignorib. L.* 2. *Cod. de hered. action.*

4) *Institut. Orator.* Lib. III. Cap. 6. pag. 254. der Burmann. Ausgabe. Lud. Bat. 1720. 4.

5) S. den 18. Th. §. 1076. S. 174.

tim opere, quod ad bonorum iuvenum aliquam utilitatem componimus, in ulla parte iudicii mei.

Ein allgemeines Pfandrecht räumt man auch **IX.** der Kirche an dem Vermögen des Emphyteuta wegen der Deteriorationen der Emphyteuse ein [6]). Es gründet sich dasselbe auf die Novelle 7. Kap. 3. §. 2. wo Justinian sagt: **Si emphyteuta praedium aut suburbanum aut aedificium deterius fecerit, cogatur curam adhibere, ut de suo in priorem statum restituatur:** *neque ipse solum, sed etiam heredes et succesores* EIUSVE BONA *ad id* OBLIGATA *sint.* Es läßt sich jedoch dieses Pfandrecht nicht auf alle Emphyteusen erstrecken, wie schon an einem andern Orte [7]) bemerkt worden ist.

§. 1089.

Pfandrecht der Kirchen auf den Gütern ihrer Administratoren.

Viele Rechtsgelehrten [8]) wollen auch den Kirchen und milden Stiftungen z. B. den Waysenhäusern, Hospitälern

6) Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 643. a. E. Heise Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. S. 50. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 303. Nr. 8. Dieses Pfandrecht bestreitet jedoch Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 198. S. 503.

7) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 616. S. 541.

8) Carpzov Iurisprud. for. P. I. Const. 28. Def. 115. Huber Praelect. iuris civ. Lib. XX. Tit. 2. §. 5. Stryk Us mod. Pand. h. t. §. 14. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 89. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXVIII. medit. 1. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1183. a. E.

pitälern u. d. ein allgemeines stillschweigendes Pfandrecht an dem Vermögen ihrer Administratoren beylegen. Zwar geben alle zu, daß es mit ausdrücklichen Worten in den Gesetzen nicht gegründet sey; allein sie glauben, es lasse sich durch Interpretation daraus deduciren. Sie theilen sich aber in Absicht auf das Fundament ihrer Deduction in zwey Klassen. Die eine leitet den Grund von den Rechten des Fiskus, die andere von einer Vergleichung der Administratoren der frommen Stiftungen mit den Vormündern der Pupillen und Minderjährigen ab. Die Anhänger der ersten Parthey behaupten, die Kirchen und übrigen milden Stiftungen hätten gleiche Rechte mit dem Fiskus [9]). Allein diese Ansicht, welche sich auf den alten Aberglauben gründet, als bilde die Kirche einen Staat im Staate, deren Obern die Rechte der Fürsten hätten, ist längst verworfen. Dann aber ist es ja auch noch gar nicht ausgemacht, ob dem Fiskus an den Gütern seiner Verwalter ein gesetzliches Pfandrecht zusteht [10]). Die Anhänger der andern Klasse [11]) suchen ihre Meinung durch die Gesetze zu begründen, in welchen die Kirchen und andere fromme Stiftungen mit Pupillen und Minderjährigen, und die Administratoren derselben mit den Vormündern verglichen werden [12]). Allein diese Vergleichung bezieht sich blos auf die Rechtswohlthat der Wieder-

9) Man sehe die von Boehmer in Iur. Eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 16. §. 16. angeführten Rechtsgelehrten.

10) S. §. 1088. S. 70. ff.

11) S. Carpzov c. l. und die Not. 8. angeführten Rechtsgelehrten.

12) *Cap. 1. X. de in integr. restit. Cap. 2. Clementinar. de religiosis domibus.*

dereinsetzung in den vorigen Stand, welche den frommen Stiftungen, wie den Pupillen und Minderjährigen, zusteht, und auf die Pflichten, welche die Administratoren frommer Stiftungen und Vormünder mit einander gemein haben [13]). Daß aber die Kirchen und andere milde Stiftungen auch ein Pfandrecht an den Gütern ihrer Administratoren haben, sagt selbst das canonische Recht nicht, und ohne Gesetz läßt sich solches nicht annehmen. Man fühlte wohl selbst die Schwäche dieser Gründe, und berief sich daher auf den Gerichtsgebrauch, daß aber auch dieser noch vielem Zweifel unterworfen sey, ist ebenfalls schon von Andern dargethan worden [14]). Noch weniger aber läßt sich aus irgend einem Grunde behaupten, daß den Kirchen nach gemeinem Rechte wegen ihrer ausgeliehenen Gelder eine stillschweigende Hypothek auf den Gütern ihrer Schuldner zustehe [15]); und obwohl man ihnen deshalb gewöhnlich ein persönliches Vorzugsrecht vor anderen chirographarischen Gläubigern einzuräumen pflegt [16]), so ist doch auch dieses aus den Gesetzen nicht zu erweisen [17]).

13) S. Boehmeri Ius eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 16. §. 25. und Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 104.

14) S. *Christ. Gotth.* Kupfer Diss. de eo, quod iustum est circa tacitam piarum caussarum hypothecam. *Lips.* 1813.

15) *Iust. Henn.* Boehmer Iur. eccl. Protestant. c. l. §. 23. *Io. Balth. a* Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 195. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 158. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXXVIII. medit. 2.

16) *Christ. Gottl.* Hommel Diss. de iuribus ecclesiae creditricis singularibus in mutuo usurario. *Vitemb.* 1771.

17) S. Boehmer c. l.

Lib. XX. Tit. III.
Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt.

§. 1090.
Allgemeine Regeln dieses Titels.

Die Sicherheit, welche das Pfandrecht dem Gläubiger gewährt, äussert sich besonders in dem Veräusserungsrechte wirksam, welches dem Gläubiger in dem Falle zusteht, da der Schuldner keine Zahlung leistet. Hieraus beantwortet sich nun die Frage von selbst, welche in diesem Titel zu erörtern ist. Es sind hier zwey Regeln zu bemerken.

I. Sachen, welche nicht veräußert werden können, können auch nicht Gegenstand des Pfandrechts seyn. Ob sie gerade der Gläubiger für seine Person kaufen kann oder nicht, darauf kommt nichts an. Ist eine Sache nur sonst veräußerlich, so kann sie doch dem Gläubiger verpfändet werden, wenn er sie auch selbst nicht kaufen kann. So lehrt Modestin, wenn er *L.* 24. *D. de pignorib.* sagt: **In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.** Zwar scheint Marcian entgegen zu seyn, wenn er *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* den Grundsatz aufstellt: **Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest, ut D. PIUS Claudio Saturnino**

turnino rescripsit. Allein das gleich nachher angeführte Beyspiel von einem praedium litigiosum lehrt, daß hier von einer Sache die Rede sey, welche nicht veräußert werden kann [18]).

II. Was die Gesetze bey der Veräußerung zu deren Gültigkeit erfordern, muß auch bey der Verpfändung beobachtet werden, wenn sie gelten soll. Jedoch ist dieses nur von ausdrücklichen Verpfändungen zu verstehen. Denn bey stillschweigenden Hypotheken ergänzt schon das Gesetz den Mangel aller sonst erforderlichen Feyerlichkeit [19]).

§. 1091.

Beyspiele zur ersten Regel.

Zu Folge der ersten Regel können also nicht verpfändet werden 1) Sachen, die dem menschlichen Verkehr nicht unterworfen sind [20]). Die römischen Gesetze rechnen dahin res divini iuris, alle zum Gottesdienst geweihete Sachen. Noch in einer Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 21. *Cod. de Sacrosanctis Ecclesiis* heißt es: Sancimus, nemini licere, sacratissima atque arcana vasa, vel vestes, caeteraque donaria, quae ad divinam religionem necessaria sunt, (cum etiam veteres leges ea, quae *iuris divini* sunt, humanis nexibus non illigari sanxerint) vel ad venditionem, vel *hypothecam*, vel *pignus* trahere: sed ab his, qui haec suscipere ausi fuerint, modis omnibus vindi-

18) S. *Pet.* Fabri Semestrium Lib. II. Cap. 17.

19) Meißners Lehre vom stillschw. Pfandrechte. §. 31 — 33.

20) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* S. *Io. God.* Müller Histor. iur. civ. de pignoribus (*Lipsiae* 1814.) Specim. I. §. 9.

vindicari tam per religiosissimos Episcopos, quam per Oeconomos, nec non et sacrorum vasorum custodes, nulla eis actione relinquenda, vel super recipiendo pretio, vel foenore exigendo, pro quo res pignoratae sunt; sed omnibus huiusmodi actionibus respuendis, ad restitutionem eorum omnibus modis coarctari. Ein Gleiches gilt auch von rebus religiosis, den Grabstätten, wie aus folgenden Verordnungen des Kaisers Antoninus Caracalla erhellet.

L. 2. Cod. de religiosis. Invito, vel ignorante te ab alio illatum corpus in puram possessionem tuam, vel lapidem, locum religiosum facere non potest. Sin autem voluntate tua mortuum aliquis in locum tuum intulerit, religiosus iste efficitur: quo facto, monumentum neque venire, neque *obligari* a quocunque prohibente iuris religione posse, in dubium non venit.

L. 3. Cod. Quae res pignori obligari poss. Si monumento corpus filiae tuae intulisti, religiosum id fecisti: quo facto obligari a quopiam, prohibente iuris religione, non posse, in dubium non venit.

Nach dem heutigen Kirchenrechte, besonders der Protestanten, sind weder res sacrae noch religiosae schlechterdings dem Commerz entzogen. Sie können in gewissen Fällen verkauft, und also auch verpfändet werden [21]).

Justi-

21) S. Boehmeri ius eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 13. §. 29. sqq. und vergleiche damit den 2. Th. dieses Commentars. §. 167. auch Westphals Pfandrecht §. 127. Not. 151.

Justinian erlaubt selbst in der oben angeführten Constitution, *L. 21. Cod. de Sacros. Eccles.* die Verpfändung der zum Gottesdienst geweiheten Sachen, wenn sie geschähe, um Christen aus der Gefangenschaft der Barbaren zu befreien, und loszukaufen [22]). In der Nov. 120. Kap. 10. wird auch noch der Fall ausgenommen, wenn dringende Schulden der Kirche eine Verpfändung nöthig machen; denn in diesem Falle ist auch die Veräusserung der rerum sacrarum erlaubt.

Namentlich ist jedoch die Verpfändung der Kinder dem Vater verboten. Sie wird nicht nur für ungültig erklärt, sondern es werden auch dem Gläubiger, welcher wissentlich ein solches Pfand annimmt, empfindliche Strafen angedrohet. Daß nur Sachen, die man in seinem Vermögen hat, aber nicht Kinder, noch andere freye Menschen, ein Gegenstand des Pfandrechts seyn können, lehren uns zwey Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 1. Cod. de patribus, qui filios suos distraxerunt. Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque *pignoris iure*, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis

22) Wenn es *L. 21. cit.* heißt: excepta videlicet causa captivitatis [et famis] so scheinen die letzteren Worte, welche hier mit Hacken eingeschlossen sind, nicht ächt zu seyn. Denn weder Justinian hat sie §. 8. *I. de Rer. divis.* wo er sich auf diese Constitution beruft, noch Theopilus in der griechischen Paraphrase der Institutionen. Charondas bemerkt auch in seiner Ausgabe des Coder, daß die bemerkten Worte in mehreren alten Handschriften fehlen. In der Ausgabe des Haloanders stehen sie ebenfalls nicht.

pientis in alium transferri posse, manifestissimi iuris est.

L. 6. Cod. Quae res pignori. Qui filios vestros vel liberos homines, pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione se iuris circumvenit: cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia.

Die Strafe, welche den Gläubiger traf, war zu Paulus Zeiten die Deportation, wie aus desselben *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 1. §. 1. erhellet, wo es heißt: Iidem sc. filii nec pignori ab his, aut fiduciae dari possunt. *Ex quo facto sciens creditor deportatur* [23]). Es muß aber nachher diese Strafe gemildert worden seyn [24]). Denn in der *L. ult. D. h. t.* welche aus Paulus *Sentent. receptis* genommen ist, ist nur von einer Relegation die Rede. Hier lautet die Stelle nach Tribonians Interpolatoin so: Creditor, qui sciens filiumfamilias a parentibus pignori accepit, relegatur [25]). Strenger noch wollte nachher Justinian in der

23) Diese Stelle aus Paulus ward auch in das *Edictum Theodorici Regis* aufgenommen, wo sie Cap. 95. so lautet: Nec pro pignore filii a parentibus alicui dari possunt: et si sciens creditor ingenuos pro pignore a parentibus susceperit, in exilium dirigetur. S. *Goth. Frid.* Rhon Comment. ad Edictum Theodorici Regis Ostrogothorum. *Halae* 1816. p. 32.

24) S. Westphals Pfandrecht §. 119. Not. 142. und Müller Histor. iur. civ. de pignorib. §. 9. p. 48.

25) Paulus hatte jedoch den Fall der extremae necessitatis et alimentorum gratia ausgenommen. S. Cujacius ad *Paulum* in Schultingii Jurisprud. Antejust. pag. 430.

der Nov. 134. Kap. 7. den Gläubiger bestraft wissen. Er verordnete nämlich, ut non solum debito excidat, sed et in eandem quantitatem condamnetur, quae ei, qui ab eo detinetur, vel parentibus eius detur, et postea etiam corporalibus poenis a Magistratibus loci subjiciatur, quia liberam personam pro debito detinere ausus fuit.

2) Sachen, über deren Eigenthum ein Prozeß geführt wird. — **Res litigiosae.** — Hierher gehört *fr.* 1. §. 2. *D. h. t.* wo Marcian die Frage aufwirft: Quid si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et OCTAVENUS putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem. Quod ait SCAEVOLA libro 3. variarum Quaestionum procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat. Octavenus, welchen Bach [26]) für einen Zeitgenossen des Kaisers Vespasian hält, war der Meinung, es sey kein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Die exceptio litigiosi habe daher nicht nur Statt, wenn ein Grundstück während des Prozesses verpfändet worden, sondern auch wenn eine bewegliche Sache zum Pfande gegeben worden sey. Platner [27]) bemerkt hierbey, Octoven scheine auf den Unterschied der Alten zwischen Hypothek und *pignus* Rücksicht genommen zu haben, nach welchem man annahm, daß die Hypothek bey unbeweglichen, pignus aber bey beweglichen Sachen Statt finde. Es sey also auch kein Unterschied, ob der Besitz der strei-

26) Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. VI. §. 24.

27) Ad Marcianum de formula hypothecaria. Exercit. I. *Lipsiae* 1759. pag. 30.

streitigen Sache auf den Gläubiger übertragen worden sey, oder nicht. Die exceptio litigiosi finde in beyden Fällen Statt. Ob Scävola ihm beygestimmt, oder nicht vielmehr die Meinung Octavens dahin eingeschränkt habe, daß die exceptio litigiosi bey Verpfändungen nur dann Statt habe, wenn die streitigen Sachen bewegliche sind, darüber sind die Ausleger nicht einig. Westphal[28]) behauptet mit Bachov[29]) das Letztere, und setzt den Grund dieses Unterschiedes darin, weil bey der Hypothek für den Gegentheil kein solcher Schade zu besorgen sey, wie bey einem Faustpfande, wo der Besitz auf den Gläubiger übergeht. Verliehrt der Verpfänder den Prozeß, und der Gläubiger will die Hypothek verfolgen, so könne ihm der Gegner nach Ulpians Meinung die exceptio rei iudicatae entgegensetzen[30]). Für diese Erklärung scheint auch die Auctorität der Basiliken[31]) zu streiten, wo unsere Pandectenstelle im Griechischen so lautet: Τὸ κινητὸν ἐπίδικον πρᾶγμα ἐὰν ὑποτεθῇ, Χώρα τῇ τοῦ ἐπιδίκου πράγματος παραγραφῇ. i. e. *Si res mobilis litigiosa pignori data sit, locus est exceptioni rei litigiosae.* Allein Gmelin[32]) verwirft diese Erklärung. Er behauptet, Scävola habe die Meinung des Octavenus nicht einschränken, sondern vielmehr auf bewegliche Sachen ausdehnen

28) Pfandrecht §. 117. Not. 140.

29) Tr. de pignoribus Lib. II. cap. 13. nr. 3.

30) *L.* 11. §. *ult. D. de except. rei iudicatae.*

31) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 4. Const. 1. §. 3. pag. 53.

32) Comment. iuris. civ. de iure pignoris et hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 35. pag. 118. sq.

dehnen wollen. Denn es lasse sich kein hinlänglicher Grund angeben, warum es bey einer unbeweglichen Sache anders als bey einer beweglichen seyn solle. Auch Platner[33]) behauptet, Marcian habe der Meinung des Octavenus noch Scävola's Auctorität beygefügt. Es läßt sich auch wirklich aus dem Gesetz nicht ersehen, daß die Meinung des Octavenus sey verworfen worden. Der Zweifel verschwindet aber noch mehr, wenn man mit Holoander statt: ut in rebus mobilibus, lieset: ut ET in rebus mobilibus. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß in der neuen Verordnung des Kaisers Justinian *L. ult. VIII.* 37. *Cod. de litigiosis* zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen kein Unterschied gemacht wird. Es beruhet daher auf einem offenbaren Mißverstande der Gesetze, wenn Lauterbach[34]) schreibt: Alienari et hypothecari prohibentur *res litigiosae immobiles*.

3) Fideicommisse, deren Veräusserung der Testirer verboten, dürfen auch nicht verpfändet werden[35]). Auch nicht

4) Real-Servituten ohne das Grundstück, dem sie zustehen. Denn diese sind Eigenschaften des Grundstücks; es sind Rechte, welche dem Grundstück, zu dessen Nutzen sie, nach desselben besondern Bestimmung und Beschaffenheit, bestellt worden sind, dergestalt ankleben, daß sie davon

33) Cit. Exerc. I. ad Marcianum. pag. 30. in fin.

34) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

35) *L.* 3. §. 3. *Cod. Commun. de legat.* *L.* 7. *Cod. de reb. alien. non alienandis.*

von auf keine Weise getrennt, und einem Andern überlassen werden können[36]). Marcian spricht zwar nur von Servitutibus urbanis, wenn er *L.* 11. §. 3. *D. de pignorib. et hypothecis* sagt: Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. Daher behaupten Cujaz[37]), Cocceji[38]) und Gmelin[39]), bey Servitutibus rusticis finde eine Verpfändung statt. Dieses lehre auch Paulus in der gleich nachher folgenden *L.* 12. *D. eodem*, wo es heißt: Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videntum esse POMPONIUS ait, ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur;* scilicet si vicinum fundum habeat: et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Der Grund dieses Unterschieds wird darin gesetzt, weil eine Servitus urbana ihrer Natur nach so beschaffen sey, daß ein Anderer, der nicht der dominus praedii dominantis ist, entweder gar keinen Gebrauch davon machen kann, oder sie nicht ohne großen Nachtheil des Eigen-

36) *L.* 12. *D. Quemadm. servitut. amitt.* *L.* 86. *D. de Verbor. Significat.* *L.* 33. §. 1. *et L.* 34. *D. de Servitut. praedior. rusticor.* *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 32.

37) Observation. Lib. XV. cap. 6.

38) Iur. civ. controverso h. t. Qu. 3.

39) Commentat. cit. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 59. pag. 214. sqq. et §. 60.

Eigenthümers des dienenden Gebäudes würde ausüben können, welches sich hingegen bey den Servitutibus praediorum rusticorum ganz anders verhalte. Denn da dieselben auch einem Dritten nützlich seyn können, so könnten sie auch einem Dritten pfandweise auf eine solche Art eingeräumt werden, daß sie der Gläubiger so lange ausüben könne, bis die Schuld bezahlt ist, wodurch das Recht der Servitut selbst von dem dienstberechtigten Grundstück nicht getrennt werde. Allein daß in der angeführten Gesetzstelle nicht von der Verpfändung einer schon constituirten Prädialservitut die Rede seyn könne, ergiebt sich schon daraus, weil eine solche Servitut sich blos auf die Bedürfnisse des dienstberechtigten Grundstücks beschränkt, und nicht weiter ausgeübt werden kann, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit, wie Ulpian *L.* 5. §. 1. *D. de Servitut. praedior. rusticor.* sagt. Es liegt also schon in der Natur derselben, daß sie von einem andern Gute, als dem praedio dominante, nicht ausgeübt werden kann[40]). Daher können auch solche Servituten nicht ohne das Grundstück, dem sie zustehen, verpachtet werden[41]). Wie könnte also eine Verpfändung derselben Statt finden? Es würde ja, da die Bedürfnisse des benachbarten Grundstücks, welches dem Gläubiger gehört, von ganz anderer Art seyn können, als die des Grundstücks des Schuldners, dem die Servitut zusteht, eine solche Verpfändung zum offenbaren Nachtheil des dienstpflichtigen Grundstücks gereichen. Die *L.* 12. *D. de pignorib.* kann

40) *L.* 24. *D. de Servit. praed. rusticor.* S. den 10. Th. dieses Commentars §. 664.

41) *L.* 44. *D. Locati.*

kann demnach wohl anders nicht, als von einer pfandweise auf einem Grundstück des Schuldners dem Gläubiger erst zu bestellenden Servitut verstanden werden, welche er zum Nutzen seines Grundstücks so lange ausüben soll, bis die Schuld bezahlt seyn wird [42]. Nach der Strenge des Rechts konnte zwar eine Realservitut eigentlich nicht blos auf eine gewisse Zeit constituirt werden; allein man ließ diese Anomalie propter utilitatem contrahentium zu, wie Paulus sagt. Daß eine solche Servitut, wenn die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt wird, auch einem andern Nachbar verkauft werden kann, liegt in der Intention der Contrahenten, weil dieses der Zweck des Pfandrechts mit sich bringt. Es läßt sich also daraus, daß in der vorhergehenden Stelle blos der Servitutum urbanarum Erwähnung geschieht, nicht schließen, daß eine Verpfändung bey schon bestellten Servitutibus praediorum rusticorum Statt finde [43]. Daß übrigens unter der Verpfändung eines Grundstücks auch die demselben zustehenden Servituten mit begriffen sind, ist den Gesetzen allerdings gemäß [44].

5) Fremde

42) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. S. 25. f.

43) S. *Franc.* Duarenus Disputation. anniversariar. Lib. II. cap. 13. *Franc.* Balduinus Tr. de pignorib. et hypoth. Cap. 12. pag. 63. Verb. *Ex hoc Martiani* etc. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 6. et 7. *Greg.* Majansius Disputation. iuris civ. Tom. I. Disp. 4. §. 6—9. Westphals Pfandrecht §. 139. *Car.* Bartholomaei Diss. sist. quaestionem, an servitutes oppignorari possint? ad L. 11. §. 2. et 3. et L. 12. D. de pignor. et hyp. *Ienae* 1812. Gesterding Pfandrecht. §. 4. S. 54.

44) *L.* 16. *D. de Servitutib.*

5) Fremde Sachen können auch nicht, ohne Einwilligung des Eigenthümers, mit der Wirkung verpfändet werden, daß der dritte Besitzer mit der hypothekarischen Klage belangt, oder gegen den Eigenthümer ein Retentionsrecht ausgeübt werden könnte. Es finden jedoch hier mancherley Ausnahmen Statt, wovon ich schon an einem andern Orte [45]) ausführlicher gehandelt habe.

6) Dotalgrundstücke der Ehefrauen können auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung verpfändet werden [46]). Die Lex Iulia de adulteriis [47]), welche wegen dieses Capitels

45) Th. 14. §. 863. S. 28. ff. und Th. 18. §. 1077. S. 200. ff.

46) *Pr. I. Quib. alien. licet*, *vel non. L. un.* §. 15. *Cod. de rei ux. act. Frid. Wilh. Henr. de* Behmer Diss. de iure uxoris res suas ipsa consentiente, a marito debitore oppignoratas repetendi, praes. *Ge. Frid.* Holzhauer def. *Hal.* 1773.

47) Paulus *Sentent. Receptar. Lib. II. Tit.* 21. *B.* §. *ult.* Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet. Daher handelten auch Ulpianus und Paulus in ihren Commentaren über die Lex Iulia de adulteriis vom fundus dotalis, wie aus *L.* 2. 6. 13. *et* 14. *D. de fundo dotali* erhellet. Es ist demnach unrichtig, wenn Muretus, Manutius, und besonders *Iac.* Gothofredus ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Cap. 20. und *Ian. Vinc.* Gravina Origin. iuris civ. Lib. III. §. 86. dieses Verbot der Lex Iulia et Papia Poppaea zuschreiben. Man sehe *Rud.* Hommel Diss. de fundo dotali, eiusque alienatione, praes. *Christ. Gottl.* Bienero *Lipsiae* 1786. §. 2. et 3. und *Io Guil.* Hoffmanni lib. sing. ad Legem Iuliam. de adulteriis coercendis. *Ffti. ad Viadr.* 1732. 4. Cap. VIII. §. 7. (in *Dan.* Fellenberg *Iurisprud. antiqua* Tom. p. 280.) besonders auch *Io. Gottl.* Heineccii Commentar.

Capitels auch de fundo dotali [48]) heißt, hatte zwar dieses Verbot nur auf die ihrer Lage nach wichtigsten Grundstücke, die praedia in solo Italico sita, beschränkt. Es war nämlich darin verordnet, *ne praedium dotale Italicum maritus invita uxore alienaret, vel, ea consentiente, obligaret.* Durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten ward dieses nachher auch auf den Bräutigam ausgedehnt, wie uns Cajus lehrt in der *L.* 4. *D. de fundo dotali*, wo er sagt: *Lex Iulia*, quae de dotali praedio prospexit, *ne id marito liceat obligare, aut alienare*, plenius interpretanda est, ut etiam *de sponso* idem iuris sit, quod de marito. Und nach der Erklärung Ulpians *L.* 13. *pr. D. eodem* sollte unter *dotale praedium* ein jedes Grundstück verstanden werden, es sey urbanum, oder rusticum, ad omne enim *aedificium* Lex Iulia pertinebit. War also das Heyrathsgut der Ehefrau ein Provinzialgrundstück, so konnte der Ehemann solches auch ohne Einwilligung der Ehefrau sowohl veräußern als verpfänden [49]). Ein Gleiches konnte aber auch bey dem praedium dotale Italicum Statt finden, wenn solches, an baaren Geldes statt dem Mann

mentar. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 19. §. 1. pag. 324. Warum aber gerade in der Lex Iulia de adulteriis die Veräusserung des fundus dotalis dem Ehemanne untersagt worden, darüber giebt Hugo in dem Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 268. S. 392 der 5. Aufl. nähern Aufschluß.

48) *L.* 1. *D. de fundo dotali.*

49) S. *Ian. a* Costa in Commentar. ad princip. I. Quibus alienare licet. pag. 221. sq. und *Guil. Ott.* Reitz ad *Theophili* Paraphrasin graecam Tom. I. pag. 307. sq.

überlassen, ein freies Eigenthum desselben geworden war, wie der Kaiser Alexander [50]), und die Kaiser Diocletian und Maximian [51]) rescribirt haben. Es mußte nur nicht der Frau die Wahl vorbehalten seyn, nach getrennter Ehe das Grundstück, oder dessen Werth zurückzufordern. Denn nun fiel nach Africans Meinung [52]) die Veräußerungsbefugniß weg. Justinian hob jedoch den Unterschied zwischen einem fundus dotalis Italicus und provincialis auf, und verbot dem Ehemann jede Veräußerung sowohl als Verpfändung eines Dotalgrundstücks, wenn sie auch mit Einwilligung der Frau geschähe. Dieß geschahe durch die *L. un. Cod. de rei uxoriae actione* vom Jahre 530. in deren §. 15. es heißt: **Et cum Lex Iulia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito, non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat huiusmodi sanctionem non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere? Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. Cum autem hypothecam ei etiam ex hac Lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. Sed et ne consensu mulieris hypothecae eius minuantur, necessarium est, et in hac parte mulieribus subvenire: hoc**

50) *L.* 5. *Cod. de iure dot.*

51) *L.* 10. *Cod. eodem.*

52) *L.* 11. *D. de fundo dotali.* S. *Iac.* Cujacius Tract VIII. ad Africanum. h. L.

hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum *hypothecae titulo dare* nec consentiente muliere maritus possit, *sed nec alienare:* ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam. Es kann jedoch dieses Verbot nur von solchen Dotalgrundstücken verstanden werden, welche nach getrennter Ehe in Natur zu restituiren sind, wenn sie auch auf diesen Fall taxationis gratia wären geschätzt worden. Denn sind sie venditionis gratia gewürdert worden, so daß nach getrennter Ehe blos der durch die Schätzung bestimmte Werth zu vergüten ist, so macht blos der Kaufpreis, welchen der Mann schuldig geworden ist, das Heyrathsgut aus [53]), das Eigenthum des Dotalguts hingegen ist mit allen seinen Rechten auf den Ehemann übergegangen, welcher daher auch solches zu verpfänden befugt ist [54]). Denn so rescribirte schon vor Justinian Kaiser Alexander *L.* 6. *Cod. de Usufructu:* Qui proprietatem aestimatam in dotem accepit, non ideo minus obligare eam potuit, *quoniam soluto matrimonio restituenda tibi aestimatio eius fuit.* Und hierin hat Justinian das ältere Recht nicht abändern wollen. Es erstreckt sich vielmehr die der Frau zustehende Hypothek nun auch auf ihre eigenen dem Mann zugebrachten Dotalgüter, weil diese durch die Verkaufs wegen geschehene Würderung ein wahres und vollkommenes Eigenthum des Mannes geworden sind. So wie nun die Frau nach einer Verordnung

53) *L.* 5. *et L.* 10. *Cod. de jure dot.*

54) S. Geiger's und Glück's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen 2. Band Nr. XXXI. §. 2. ff.

ordnung des Kaisers Philippus[55]) sich ihres Pfandrechts an den Gütern ihres Mannes auch während der Ehe begeben kann; so kann sie auch nun zu diesem Zweck in die Veräußerung der ihrem Mann käuflich überlassenen Dotalgrundstücke auf eine gültige Art einwilligen. Dieß ist es, was Justinian in den folgenden Worten des §. 15. *L. un. Cod. de rei uxor. act.* sagt: Licet enim *Anastasiana lex*[56]) de consentientibus mulieribus vel suo iuri renunciantibus loquatur: tamen eam intelligi oportet *in rebus mariti, vel dotis quidem aestimatis, in quibus dominium et periculum mariti est.* In fundo autem non aestimato, qui et *dotalis* proprie nuncupatur, maneat ius intactum, *ex Lege quidem Iulia* imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum, atque in omnibus terris effusum, non tantum Italicis, et sola hypotheca conclusum. Zu den Sachen, welche nicht veräussert, und also auch nicht verpfändet werden dürfen, rechnet man ferner noch gewöhnlich

7) die

55) *L.* 11. *Cod. ad Senatuscons. Vellejan.* Etiam constante matrimonio ius hypothecarum, seu pignorum marito remitti posse, explorati iuris est. S. *Ios. Lud. Ern.* Püttmanni Diss. de remissione pignoris uxori in bonis mariti competentis absque iureiurando valida. *Lipsiae* 1773. (in Adversar. iur. univ. Lib. I. cap. 7. pag. 122. sqq.

56) Unter dieser *Lex Anastasiana* versteht Justinian die *L.* 21. *Cod. ad SCtum Vellejan.* wo Kaiser Anastasius verordnet: Iubemus, licere mulieribus et pro uno contractu, vel certis contractibus, seu pro una vel certis personis seu rebus, *iuri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare:* quodque *ita* gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri.

7) die Waffen der Soldaten, und die Ackerbaugeräthschaften der Landleute[57]. Allein den Soldaten ist die Veräußerung der Waffen schon darum bey Strafe verboten[58], weil sie ihnen nicht gehören; und den Landleuten sollen nur die nöthigen Ackerbaugeräthschaften bey der Execution nicht abgepfändet werden[59], welches aber eine freywillige Verpfändung derselben nicht ausschließt[60]. Man nimmt auch selbst bey der Execution die Fälle aus, wenn der Landmann seines Guths entsetzt wird, und er also von seinen Ackergeräthschaften keinen Gebrauch mehr machen kann, oder kein anderes Object der Execution vorhanden ist[61]. Man behauptet überdem mit Recht, daß unter der Verpfändung des Landguts auch alle dazu gehörigen Geräthschaften begriffen sind[62]. Endlich war noch

8) durch

57) Voet Comm. h. t. §. 2. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. §. *Demonstrato.* (Oper. Tom. II. pag. 439.) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. Malblanc Princip. iur. Rom. Part. II. Sect. II. §. 567. Hofacker Princip. iuris Rom. Germ. Tom. II. §. 1173.

58) *L.* 3. §. 13. *L.* 14. §. 1. *D. de re militari. God.* Stewechius Commentar. ad Vegetium de re militari Lib. II. Cap. 14.

59) *L.* 7. *et* 8. *Cod. h. t. Nov. XXXII.* et *Nov. XXXIV. Authent.* Agricultores. *Cod. h. t.* Quinctilianus *Institutorator. Lib. VII. cap.* 8. sagt jedoch: Aratrum accipere pignori non licet.

60) Gesterding Pfandrecht. §. 10. S. 86.

61) Westphals Pfandrecht §. 50. Not. 69. c.

62) *L.* 32. *D. de pignorib.* Voet h. t. §. 2. in fine.

8) durch eine Verordnung des Kaisers Alexander Severus verboten, daß Niemand den Preis des Sieges, den er etwa in öffentlichen Kampfspielen davon tragen möchte, im Voraus verpfänden solle. Es ist die *L.* 5. *Cod. h. t.* wo es heißt: Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis pensitanda sunt, privata pactione pignorari, minime admittendum est. Zur Zeit der heidnischen Römer wurden solche gymnastische Spiele zur Ehre der Götter angeordnet, und hießen daher *sacra certamina* [63]), so wie die zum Preise erhaltenen Cronen, *coronae sacrae* [64]). In der Verordnung des Kaisers Alexanders wird jedoch das Wort *coronae* für den errungenen Sieg selbst genommen [65]). Die Prämien, deren das Gesetz gedenkt, bestanden in gewissen jährlichen Einkünften an Gelde oder Naturalien, welche die Sieger auf ihre ganze Lebenszeit von ihrer Geburtsstadt erhielten [66]). Hatten die Sieger diese Prämien einmal erhalten, so konnten sie auch verpfändet werden [67]), nur nicht

63) Quinctilianus Institut. Orator. Lib. IX. Cap. 4. Ulpianus *L.* 4. *pr. D. de his, qui notant. infamia.*

64) Papinianus *L.* 40. *D. de re iudicata.*

65) *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. L. XX. Tit. 1. Tom. II. *Operum* pag. 440.

66) S. *Pet.* Fabri *Agonistic.* Lib. II. cap. 17.

67) Es konnte auch die Execution durch eine gerichtliche Pfändung in die Prämien vollstreckt werden, wie Papinian sagt *L.* 40. *D. de re iudicata.* Commodis praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur, condemnato placuit interdici, et eam pecuniam iure pignoris in causam iudicati capi. *Conr.* Rittershusii Ius Iustinian. P. III. Cap. VIII. §. 6.

nicht die erst wegen eines künftigen Sieges noch zu hoffenden, damit nicht der Muth der Athleten, den Preis zu erringen, geschwächt werde, wenn sie gewußt, daß er nicht ihnen, sondern dem Gläubiger zu Theil werde [68]). Daher gieng auch nicht einmahl eine allgemeine Conventional-Hypothek auf einen erst künftig noch zu erhaltenden Preis, wie ebenfalls Kaiser Alexander in der angeführten Constitution verordnet: et ideo nec, si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.

§. 1092.

Die Feyerlichkeiten der Veräusserung werden auch bey Verpfändungen erfordert. Verpfändung einer gemeinschaftlichen Sache.

Sachen der Pupillen und Minderjährigen, wie auch Sachen der Kirchen, und anderer frommen Stiftungen, welche nicht anders veräussert werden können, als wenn die dabey vorgeschriebene gesetzliche Form beobachtet wird, können auch nicht anders, als mit Beobachtung dieser Form verpfändet werden [69]). Die Verpfändung der unbeweglichen Sachen und derer, welche diesen gleichgeachtet werden, gilt daher nicht ohne Genehmigung der Obrigkeit. Durch eine Verordnung des Kaisers Gordian [70]) wurde das Veräußerungsverbot des Kaisers Severus von den Gütern

68) S. Westphals Pfandrecht. §. 128. Not. 152.

69) *L.* 1. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. de rebus eorum, qui sub tutela, vel cura sunt. L.* 22. *Cod. de administr. tutor. Cap.* 5. *X. de rebus eccles. non alienand. I. H.* Boehmeri Ius eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 21. §. 1.

70) *L.* 2. *Cod. de curatore furiosi.*

tern der Pupillen und Minderjährigen auch auf die Güter der unter der Curatel stehenden Wahnsinnigen ausgedehnt. Gesetzliche Hypotheken haften jedoch auf solchen Gütern eben so gut, wie auf andern [71]). Auch kann ein richterliches Pfandrecht an solchen Gütern bestellt werden [72]).

Wird eine gemeinschaftliche Sache verpfändet, so geschieht es entweder mit Einwilligung aller Interessenten; dann erstreckt sich das Pfandrecht auf die ganze Sache; oder es geschieht von einem ohne Einwilligung der übrigen. Hier gilt das Pfandrecht nur in Ansehung des Antheils, welcher dem Verpfänder an der Sache zusteht [73]). Denn er konnte nur seinen Antheil, nicht aber den Antheil seines Miteigenthümers verpfänden [74]). Es erstreckt sich aber doch dieses Pfandrecht, da der Antheil des Verpfänders an der ungetheilten gemeinschaftlichen Sache ein blos intellectueller ist, nach dem Verhältniß desselben über die ganze Sache dergestalt, daß wenn in der Folge die Sache unter den Miteigenthümern getheilt wird, der Gläubiger sein Pfandrecht an beyden abgesonderten Antheilen zur

71) *L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Westphals Pfandrecht §. 126. Meißner vom stillschw. Pfandrechte. §. 32. und §. 33.

72) *L. 3. §. 1. D. eod. L. 1. Cod. de praed. et aliis rebus minor. sine decreto non alienandis vel obligandis.*

73) *L. un. Cod. Si communis res pignori data sit. Christ. Gottl.* Gmelin Commentat. iuris civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 32.

74) *L. 2. Cod. Communi dividundo. L. un. Cod. Si communis res pignori data sit.*

zur Hälfte deren Werths verfolgen kann. Denn die Theilung kann dem Gläubiger nicht zum Nachtheil gereichen [75]). Nun war dem Gläubiger vor der Theilung der Antheil des Verpfänders pro indiviso verpfändet, dieser ist aber nicht derjenige, welchen jetzt der Verpfänder durch die Theilung erhalten hat; (denn dieser ist bestimmt, und in Gränzen eingeschlossen) sondern welchen er damals hatte. Dieser bleibt also auch noch nach der Theilung, als ein idealer Theil, pro indiviso dem Gläubiger verpfändet, und so erklärt sich's denn, warum das Pfandrecht des Gläubigers an beyden abgetheilten Hälften der gemeinschaftlich gewesenen Sache zur Hälfte des Werths eines jeden derselben fortdauernd bleibt. Denn die Theilung konnte das Pfandrecht nicht ändern, da sie eine Art der Veräußerung ist [76]), bey welcher der Grundsatz gilt, res transit cum suo onere [77]). Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 7. §. 4. *D. Quibus modis pignus solvitur.* CAIUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed

75) *L.* 15. *Cod. de pignorib. et hyp.*

76) *L.* 1. *Cod. Communia utriusque iudicii.* Divisionem praediorum *vicem emtionis* obtinere placuit.

77) *L.* 18. §. 2. *D. de pigner. act.* S. *Iac.* CUJACIUS ad Libr. XI. Responsor. Papiniani ad §. ult. L. 3. D. Qui potior. in pignore.

sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.

L. 3. §. 2. *D. Qui potiores in pignore.* Papinianus *Libro XI. Responsorum.* Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut si frater agri portionem pro indiviso pignori datam, a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intelligi contractum existimavi. Sed priorem secundo non esse potiorem: quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.

In der letztern Stelle hatte der eine Bruder seinen Antheil an einem gemeinschaftlichen Grundstück vor der Theilung seinem Gläubiger verpfändet. Deswegen gebrauchte der andere Bruder bey der nachher erfolgten Theilung die Vorsicht, daß er sich von dem erstern auf den Fall Sicherheit leisten ließ, da ihn der Gläubiger desselben auf die Hälfte des Werths seines durch die Theilung erhaltenen Theils in Anspruch nehmen sollte [78]). Diese Sicherheit bestand darin, daß er die Hälfte des Antheils seines Bruders sollte veräußern dürfen, wenn er ihn

78) Dergleichen Cautionen bey Theilung gemeinschaftlicher Sachen, besonders wegen der Evictionsleistung, waren sehr gewöhnlich und sind daher auch noch jetzt anzurathen. *L.* 16. *L.* 20. *D. Communi dividundo.* *L.* 66. §. 3. *D. de evict.* *L.* 13. §. 17. *D. de act. emti et vend.* S. *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad L. 6. §. 8. D. Communi div.

ihn nicht von den Ansprüchen seines Gläubigers befreiet hätte. Es war also eine hypothekarische Sicherheit, deren wesentliche Wirkung in dem Veräußerungsrechte besteht. Der Gläubiger des Schuldners nahm nachher wirklich den Bruder desselben auf die Hälfte des Werths seines Antheils in Anspruch, und er mußte bezahlen. Indem nun der Bruder, seiner Schadloshaltung wegen, die ihm bestellte hypothekarische Sicherheit gegen seinen Bruder geltend macht, verfolgt auch der Gläubiger das ihm ertheilte Pfandrecht gegen eben denselben an der Hälfte des Werths seines Antheils. Eine Frage, welcher von diesen beyden hypothekarischen Gläubigern hier vorgehe, konnte, wie Papinian mit Recht sagt, hier gar nicht entstehen. Denn die Hypothek des Brüders haftete auf einem Theile seines Antheils, welchen der Schuldner seinem Gläubiger nicht verpfändet hatte, noch verpfänden konnte [79]).

L. 6. §. 8. D. Communi dividundo. Ulpianus *libro XIX. ad Edictum.* **Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo: sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adjudicatus fuerit. Nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem aestimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait.**

Hat ein Miteigenthümer seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache dem andern Miteigenthümer verpfändet,

79) S. Westphals Pfandrecht §. 108. Not. 129.

pfändet, und der Schuldner klagt auf Theilung, so kann ihm der Gläubiger die Einrede entgegensetzen, daß er erst die Schuld bezahle. Schützt er diese Einrede nicht vor, und die Theilung geschieht durch Adjudication, so wird die gemeinschaftliche Sache entweder dem Schuldner, oder dem Gläubiger zugeschlagen. Im ersten Fall bezahlt der Schuldner dem Gläubiger seinen Antheil, das Pfandrecht bleibt dann fortdauernd. In dem letztern Falle giebt er dem Schuldner noch soviel heraus, als sein Antheil mehr werth ist, wie die Schuld beträgt, und quittirt ihn dann über die Schuld, wie der folgende §. 9. der *L.* 6. *D. Communi dividundo* lehrt.

Idem IULIANUS scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit, et communi dividundo agere coeperit, *pigneratitia exceptione* eum summoveri debere: sed, si exceptione usus non fuero, officium iudicis erit, ut, cum debitori totum hominem adjudicaverit, partis aestimatione eum condemnet: *manere enim integrum ius pignoris.* Quodsi adjudicaverit iudex mihi, tanti duntaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit, quam pecunia credita, et debitorem a me iubeat liberari.

Lib. XX. Tit. IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

§. 1093.

Ordnung der Gläubiger nach dem Verhältniß der Zeit.

Wenn mehreren Gläubigern an demselben Object ein Pfandrecht zusteht, und das verpfändete Vermögen zu aller Befriedigung nicht zureicht, so werden die Gläubiger nach einer gewissen Ordnung classificirt, in welcher sie, so weit es möglich ist, ihre Befriedigung erhalten. Diese Ordnung ist nun zunächst und in der Regel nach dem Verhältniß der Zeit zu bestimmen, da das Pfandrecht bestellet ward. Nun lassen sich folgende Fälle gedenken.

I. Es haben mehrere Gläubiger ein Pfandrecht auf der nämlichen Sache des Schuldners zu gleicher Zeit erhalten. Hier konmmt es darauf an,

1) ob die Sache einem Jedem derselben in solidum verpfändet worden ist. In diesem Falle bedienen sie sich zwar ihres Rechts gegen den Schuldner, oder gegen einen Dritten in solidum; im Verhältniß zu einander aber geben die Gesetze demjenigen Gläubiger den Vorzug, welcher sich in dem Besitz des Pfandes befindet, so daß dieser den Besitz des Pfandes, ehe und bevor er seine Bezahlung erhalten hat, dem andern Gläubiger abzutreten nicht genöthiget werden kann [80]. Dieses bestättiget folgende Stelle.

L. 10.

80) *Iac.* Cujacius lib. V. Observation. cap. 24. *Em.* Merillius Observation. Lib. II. cap. 29. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 114. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1205. Anderer Meinung ist jedoch Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

L. 10. *D. de pignorib.* ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* **Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique *in solidum* obligatae essent: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, *possidentis meliorem esse conditionem.* Dabitur enim possidenti haec exceptio: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.***

Ist keiner von den Gläubigern in dem Besitz des Pfandes, so haben sie alle ein gleiches Recht, und werden nach dem Verhältniß ihrer Forderungen befriediget [81]).

2) Es ist ausgemacht, daß jeder von den Gläubigern sein Pfandrecht nur an einem Theile der Sache haben solle. Hier kann von einer Collision nicht die Frage seyn, weil jeder sich seines Rechts in Ansehung des ihm angewiesenen Theils bedient. Die hypothekarische Klage hat in diesem Falle sowohl unter den Gläubigern selbst, als gegen den dritten Besitzer Statt, mit welcher jeder von den Gläubigern auf die Abtretung seines Antheils klagt. Eben dieses lehrt Ulpian, wenn er in der angeführten Stelle fortfährt: **Si autem id actum fuerit, ut *pro partibus* res obligarentur, utilem actionem competere, et inter ipsos, adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.**

Beyde Fälle entscheidet auf die nämliche Art auch Julian **lib. 49. Digestorum,** woraus *L.* 1. **§. 1.** *D. de Salviano Interdicto* genommen ist.

3) Den mehreren Gläubigern ist dieselbe Sache schlechthin und ohne weitere Bestimmung verpfändet worden; hier ist anzunehmen, als sey jedem die Sache nach dem Verhältniß der Größe seiner Forderung verpfändet.

L. 16. §. 8 *D. de pignorib.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* **Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis quaeritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum.**

81) S. Westphals Pfandrecht. §. 153. Not. 174. S. 322. f.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 19,1

Erlangen (1817)

J.rom.c. 407 b-19,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11129701-2
VD18 90261607